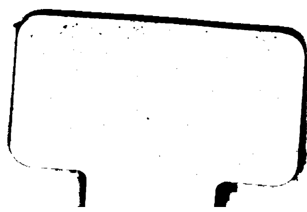


HET RETENTIERECHT.

HET RETENTIERECHT.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS,

MR. P. A. VAN DER LITH,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

VOOR DE FACULTEIT TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 16 November 1894, des namiddags te 3 uren

DOOR

FRANCISCUS HERMANUS GERRITSEN,

GEBOREN TE LEIDEN.

GEDRUKT BIJ EDUARD IJDO. — LEIDEN.
1894.

7/23/29

Aan mijne Moeder

en de

Nagedachtenis van mijnen Vade

Op het punt staande de Universiteit te verlaten, is het mij eene behoefte aan mijne Hoogleeraren en in het bijzonder aan U, Hooggeleerde FOCKEMA ANDREÆ *mijn oprechten dank te betuigen, voor het van Hen genoten onderwijs, en de groote welwillendheid gedurende mijn Academischen studietijd steeds van hunne zijde ondervonden.*

Ook aan U, Hooggeschatte Promotor ASSER, *ben ik een afzonderlijk woord van dank verschuldigd, voor de vriendelijke hulp, mij bij het opstellen van dit proefschrift verleend.*

INHOUD.

Blz.

HOOFDSTUK III.

HOOFDSTUK IV.

INLEIDING.

De historische school, onder leiding van v. SAVIGNY, heeft ons duidelijk voor oogen gesteld, hoe het objectieve recht niet moet gedacht worden, als een samenstel van onveranderlijke beginselen, geldend overal, en voor eeuwig, maar integendeel, als een zich voortdurend ontwikkelend en vervormend geheel, dat telkens voor een gegeven volk, behoort te correspondeeren, met de behoeften van het oogenblik. Te zorgen, dat het positieve recht steeds zooveel mogelijk blijve overeenstemmen met het ideaalrecht, d. w. z.: het recht, dat volkomen voldoet aan de behoeften van een zeker volk, op een zeker oogenblik, dit is de taak van de wetgevende macht. Op vele wijzen kan dit doel bereikt worden; het gewoonterecht verkrijgt wettelijke sanctie, nieuwe instellingen kunnen geschapen worden, maar evengoed kunnen oude rechtsinstituten worden vervormd, en aangepast aan de veranderde toestanden.

In de ontwikkeling van het retentierecht vinden wij

een merkwaardig voorbeeld, van eene dergelijke vervorming, die thans wellicht op het punt staat wederom eene nieuwe phase in te treden.

Terwijl ten tijde der Romeinen dit recht is eene huldiging van begrippen van billijkheid, in vrij beperkten kring, begreep het Germaansche recht reeds, dat dit instituut voor uitbreiding vatbaar was, zoowel wat de gevallen van toepassing, als wat zijne werking betreft. Meer speciaal begon het Germaansche recht aan de retentie te verbinden een recht van voorrang, wat naar Romeinsch recht er stellig *niet* mede verbonden was.

Sedert zijn de eischen van het verkeer in hooge mate veranderd. De groote vlucht die de handel genomen heeft, de verbeterde verkeerswegen, de concurrentie, hebben er allen toe bijgedragen om het belang en den omvang van eene andere instelling, van het *crediet* in sterke mate te doen toenemen. Maar niet altijd wordt het crediet verleend aan hen die het verdienen.

De koopman, die wellicht geen tijd en gelegenheid kan vinden om zich van de omstandigheden waaronder hij zijne verbintenissen sluit, op de meest volkomen wijze op de hoogte te stellen, is in tallooze gevallen genoodzaakt, crediet te verleenen, zelfs aan onbekenden, wil hij zijn bedrijf met goed gevolg blijven uitoefenen.

De misbruiken, die vaak van verleend crediet gemaakt worden, aan den eenen kant, maken het aan den anderen kant noodzakelijk, dat de wetgever er op bedacht zij het risico, aan het verleenen van crediet verbonden, zoo veel mogelijk te verminderen.

Tot het bereiken van dit doel, schijnt eene ruime uitbreiding van het retentierecht krachtig te zullen medewerken. Zulk eene uitbreiding zal niet zijn een plotselinge stap, tengevolge van 's wetgevers willekeur, maar tot op zekere hoogte veeleer eene bevestiging van reeds bestaande toestanden. De handel is de meening toegedaan, dat in het algemeen alles wat de handelscrediteur van den handelsdebiteur in handen heeft **pand** is. Deze opvatting vinden wij ook tot op zekere hoogte neergelegd in de artt. 313—316 van het Algem. Deutsch. Handelsgezetzbuch [1]).

Waar wij dergelijke beschouwingen vinden, schijnt het aanbeveling te verdienen, dat de wet, door uitbreiding, zoo vèr mogelijk, van de toepassingen van het retentierecht, en door daaraan, onder zekere omstandigheden, een recht van voorrang op de opbrengst der zaak te verbinden, den crediteur een werkzaam middel van *zekerheid* voor de vervulling der verbinte-

[1]) Zie ook Mr. Levy. Handelingen der Juristenvereeniging 1873. II. pg. 111.

nissen zijner tegenpartij geve, en zoodoende het verleenen van crediet gemakkelijker make.

Door het contractueel bedingen van zekerheid, zal integendeel, in de meeste gevallen het crediet van den debiteur gevoelig geschokt worden.

In deze richting wordt dan ook de oplossing van bovengemelde vraagstukken gezocht, door de nieuwste Duitsche ontwerpen van codificatie.

HOOFDSTUK I.

Romeinsch Recht.

---

§ 1. *Wijze van behandeling in het Corpus Juris.*

Om tot een goed begrip te komen van den aard, en het wezen van het recht van retentie, zooals dit in de modernere wetgevingen is neergelegd, is het noodig, vooraf onze aandacht te vestigen op de beteekenis van dit instituut in het Romeinsche Recht, en de daarop betrekking hebbende texten nauwkeurig na te gaan. Immers, hoezeer het oorspronkelijke karakter van dit recht ook moge gewijzigd zijn, de, op bijna elk gebied van het hedendaagsche privaatrecht nog zoo tastbare, invloed van het Romeinsche recht, heeft zich ook hier op onmiskenbare wijze doen gevoelen.

Vaak genoeg werd er op gewezen, en volkomen terecht, dat men bij het onderzoek der, op ons onderwerp betrekking hebbende, Romeinsche bronnen, telkens op eigenaardige moeilijkheden stuit. In de eerste plaats moet het de aandacht trekken, dat aan het recht van

terughouding geene afzonderlijke behandeling is gewijd, maar dat wij de bouwstoffen door het geheele Corpus Juris verspreid vinden. Voorts is de terminologie die gebezigd wordt om het recht toe te kennen, zeer onvast, terwijl dezelfde uitdrukkingen, waarmede hier retentierecht wordt bedoeld, elders weer dienen moeten om geheel andere rechtsbetrekkingen aan te duiden. Zeer vaak wordt alleen vermeld het rechtsmiddel, waarmede het retentierecht ten processe wordt gehandhaafd: de *exceptio doli*. Het behoeft geene verdere toelichting, dat men zich wèl moet hoeden, overal het recht van retentie, en de exceptio doli als synoniemen te beschouwen.

De woorden *retentio* en *retinere*, die men licht geneigd zoude zijn steeds te vertalen door »retentierecht," en »retentierecht uitoefenen," worden dikwijls, in van de wetenschappelijke beteekenis geheel afwijkenden zin, gebruikt, en eischen dus ook de grootste omzichtigheid.

Het schijnt ons weinig doelmatig hier eene opsomming te geven, van alle verschillende woorden en woordverbindingen, waarmede het retentierecht wordt aangeduid [1]). In den lateren gang van ons betoog zullen deze, voor zoover noodig, vanzelf ter sprake komen.

---

[1]) Men vindt ze alle opgenoemd bij GRATAMA. Rechtsgeleerd Magazijn 1887. p. 5 vlg.

Dit kunnen wij echter als vaststaande aannemen, dat men genoodzaakt is, zich telkens opnieuw af te vragen, vóór men een text tot opbouwing van het systeem gebruiken kan: »heeft men hier werkelijk een geval van het eigenlijke retentierecht?" Door welke beginselen men zich ons inziens bij de beantwoording dezer vraag behoort te laten leiden, hopen wij later uiteen te zetten.

§ 2. *De exceptio doli als oorsprong van het retentierecht.*

Toen in de geschiedenis van het Romeinsche volk het oogenblik kwam, dat het strenge jus civile niet meer bleek te voldoen aan de eischen van het verkeer, was de praetor daar, om door zijn edict de te harde consequenties van het jus civile te temperen, en door het erkennen in rechten van nieuwe maatschappelijke verhoudingen, te zorgen, dat de ontwikkeling van het recht gelijken tred hield met die van het volk. Verschillende middelen stonden den praetor ten dienste, om dit doel te bereiken, vooral echter het toekennen van actiones, en exceptiones. Onder de laatste neemt de exceptio doli eene zeer groote plaats in. Steunende op het begrip van billijkheid, [1]) dat gaandeweg zich baan brak tegen het formalistische jus civile, vond de ex-

[1]) L. 1 § 1 D. de dol. mal. exc. (44. 4.)

ceptio doli eene bijna onbeperkte toepassing [1]. Alle exceptiones in factum konden gekleed worden in den vorm eener exceptio doli, ja zelfs lezen wij in de l. 2. § 5 D. de dol. mal. exc. (44. 4) nog algemeener: Dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione, elidi potest, petit.

Bij zulk eene ruime toepassing der exceptio doli, moesten de resultaten, die men daarmede kon bereiken, eene groote verscheidenheid vertoonen. Zoo zal men, om slechts een greep te doen uit de overvloedige voorbeelden, door deze exceptie kunnen voorkomen dat men tweemaal dezelfde praestatie moet verrichten, waar de tegenpartij dit eischt onder verschillende hoedanigheid. Evenzoo behoeft men niet te voldoen aan zijne verplichtingen, wanneer de tegenpartij de daartegenoverstaande verplichtingen (bij wederkeerige overeenkomsten) niet tevens vervult. Voorts, en hier treden wij op het gebied van het retentierecht, kan men op deze wijze bewerken, dat de houder van eene zaak waarop een ander een recht van opvordering kan doen gelden, die om zekere redenen ex bona fide behoort schadeloos gesteld te worden, die zaak niet behoeft af te geven

---

[1]) Over de verre strekking der exc. doli zie: Archiv. für die civilistische Praxis XII. n°. 20.

voordat de schadeloosstelling werkelijk heeft plaats gehad.

Door de exceptio doli is het ontstaan van het recht van terughouding mogelijk gemaakt, en het tijdperk van dit ontstaan is te zoeken in de periode der procedure per formulas [1]), daar eerst hier de gestrengheid van het oudere recht gebroken werd, en de deuren voor den intocht van het jus gentium, met de daarbij behoorende opvatting der goede trouw, werden opengesteld.

Met het oog op de groote rol die de exc. dol. bij de wordingsgeschiedenis van het retentierecht heeft gespeeld, kan het ons niet verwonderen, dat vaak in de bronnen het procesmiddel wordt genoemd, om het retentierecht aan te duiden. Men vergete echter niet, dat door het toekennen van het rechts*middel* de praetor ook deed ontstaan een retentie*recht*. Van een processueel standpunt moge het juist zijn met v. SAVIGNY [2]) te zeggen: dat de retentie slechts is een vorm der exceptio doli die zich van de overige toepassingen dezer exceptie slechts »factisch und zufällig" onderscheidt, echter het

---

1) Zie ten betooge dat het retentierecht niet kon ontstaan gedurende de vroegere vormen van procedure C. A. PRET. Le droit de rétention etc. pag. 11. sqq.

2) v. SAVIGNY. Die Lehre vom Besitze § 3.

retentierecht heeft ook eene materieele zijde, en over de beteekenis en het karakter van dit materieele recht brengt bovenvermelde uitspraak ons geen stap verder.

Het schijnt mij hier nog niet de plaats, te onderzoeken welke de processueele gevolgen waren van het opwerpen der exceptio doli jure retentionis. In den lateren gang van mijn betoog, hoop ik daarop terug te komen.

§ 3. *De causa retinendi.*

Ten opzichte der vraag, wat de causa retinendi is, waarop zich, m. a. w. het retentierecht baseert, zoude men de litteratuur kunnen verdeelen in twee tijdperken. In het eerste heerscht over deze quaestie de grootst denkbare eenstemmigheid. Alle schrijvers waren het er over eens, dat de grond van het recht van terughouding, te zoeken is in eene ***verbintenis***, zij het dan ook vaak eene natuurlijke verbintenis, ***bestaande ten laste van hem die de te retineeren zaak opvordert, tegenover den retinent***. In het niet nakomen dezer verplichting, in het niet acht slaan op dit vorderingsrecht, zoude dan de dolus liggen, die aanleiding geeft tot het retentierecht.

In het jaar 1858 echter, verscheen een werkje van

de hand van GROSKOPFF, [1]) waarin deze het waagde de zoo gevestigde theorie aan te vallen, en met geheel nieuwe denkbeelden voor den dag te komen. Hoewel zijne leer geen algemeenen bijval mocht vinden, had zij toch op verscheidene latere schrijvers een onmiskenbaren invloed, en vinden wij thans velen die aannemen het resultaat, waartoe GROSKOPFF komt: »het retentierecht steunt *niet* op eene verbintenis."

Het zij mij veroorloofd hier kortelijk uiteen te zetten wat wij van deze theorie te denken hebben.

In de eerste plaats wordt hier een nader onderzoek vereischt der l. 33 D. de cond. ind. (12, 6.): Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres condictio locum non habebit, quia *nullum negotium* inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, *nullum negotium contrahit*, sed et si is qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia *nihil accipientis faceret*, sed *suam rem dominus habere incipiat*. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam

---

1) GROSSKOPFF. Zur Lehre vom Retentionsrechte. Oldenburg' 1858.

fulsisset, *nullo alio modo* quam per retentionem impensas servare posse.

Wij hebben hier ontwijfelbaar te doen met een geval van werkelijk retentierecht, dat ook als zoodanig algemeen erkend wordt. Volkomen zijn wij dus bevoegd, deze plaats te gebruiken als uitgangspunt van ons onderzoek.

In de eerste plaats lezen wij hier, dat de bezitter te goeder trouw, die op het bezeten erf kosten maakt, deze *alleen* kan redden, door gebruik te maken van het retentierecht. Hieruit blijkt reeds dadelijk, dat wij hier niet te doen hebben met eene verbintenis met volle rechtskracht ten laste van den eigenaar van het erf, daar het kenmerk, en de onafscheidelijke metgezel van dergelijke obligaties: de *actie,* hier uitdrukkelijk aan den retinent ontzegd wordt. Dit sluit echter op zich zelf nog niet uit de mogelijkheid van het bestaan eener obligatio naturalis. Echter, zulk eene obligatio naturalis heeft verscheidene rechtsgevolgen, en laat meerdere wijzen toe om de voldoening ervan te bewerkstelligen. Zoo is eene natuurlijke verbintenis voldoende om *compensatie* toe te laten, terwijl ook compensatie hier niet erkend wordt. Tegen dit argument zijn van vele zijden bedenkingen gerezen. Voorzeker, zeide men, geven in het algemeen de natuurlijke ver-

bintenissen recht op compensatie, verzekering door pand etc ; is nu echter hiermede gezegd, dat al die werkingen steeds, noodwendig bij alle natuurlijke verbintenissen moeten voorkomen? Stellig niet: »es liegt vielmehr in der eigenthümlichen Natur einiger der hierher gehörenden Rechtsinstitute, dass manche Wirkungen nicht zur Ausführung kommen können." [1])

Zulk een wegvallen van sommige werkingen der obligatio naturalis, zal dan toch altijd gegrond moeten zijn op den aard der zaken, op de eigenaardige natuur van enkele gevallen. Voor zoover wij zien zijn er geene redenen waarom, zoo er hier eene natuurlijke verbintenis ware, de compensatie niet toegelaten zoude zijn. De retinent heeft kosten gemaakt en verlangt dus eene geldsom. Waarom zoude hij die niet mogen compenseeren met de gelden, aanwezig in de erfenis, die hij als bezitter moet restitueeren?

Maar, zelfs toegegeven, dat de aard der zaken hier de compensatie uitsluit, dat de erfenis moet beschouwd worden als een geheel, en dus niet is gelijksoortig met het voorwerp der daartegenover staande verplichting: de geldsom, dan zijn wij nog niet gerechtigd hier eene natuurlijke verbintenis aan te nemen. Wij lezen in de

[1]) v. Savigny. Obligationenrecht I, pag. 51. Vgl. Eccius in Holtzendorff's Rechtslexicon i. v°. Retentionsrecht.

lex. 33. D. 12. 6. cit. met even zoovele woorden, dat tusschen de partijen geenerlei rechtshandeling is verricht, »*nullum negotium contrahit* . . . . quia *nihil accipientis faceret* . . . . *sed suam rem dominus habere incipiat.*"

In allen gevalle is toch voor het ontstaan eener natuurlijke verbintenis noodig eene rechtshandeling, d. w. z. eene handeling verricht met het doel eenig rechtsgevolg teweeg te brengen. [1]) Het zij mij vergund, een oogenblik bij de toelichting van deze stelling te blijven stil staan. Nemen wij bij het onderzoek van dit punt tot leidsman v. SAVIGNY (Obligat. R. I. pg. 52, sqq.) »wiens meesterlijke verhandeling over dit onderwerp aan alle latere schrijvers tot leiddraad heeft gestrekt" [2]). Deze brengt de natuurlijke verbintenissen volgens Romeinsch recht tot vier groepen:

1e. de vorm der vestiging was gebrekkig, b. v. een nudum pactum is gesloten, waar eene stipulatie vereischt was.

2e. de rechts- of handelingsbevoegdheid der partijen was gebrekkig, b. v. bij verbintenissen tusschen vader en zoon, meester en slaaf, den filius familias die in strijd met het Sc. Macedonianum geld opneemt.

---

[1]) PUCHTA. Pandecten § 49. MODDERMAN. Handboek I § 72.
[2]) ASSER. N. B. R. III pag. 9.

3e. Strenge consequentiën van het civielrecht, die in het jus gentium niet erkend worden. Dit vinden wij in het geval dat de schuldeischer, tot erfgenaam van zijnen schuldenaar ingesteld, verplicht wordt de erfenis te aanvaarden en alles weer aan legaten uit te keeren. Zijne schuldvordering is dan door confusio te niet gegaan, maar blijft bestaan als obligatio naturalis.

Voorts bij de capitis deminutio minima (b. v. arrogatio) waar de crediteuren hun vorderingsrecht slechts als naturalis obligatio behouden.

4e eigenaardige gevolgen van het procesrecht: Vrijspraak ten onrechte; Verjaring, zoowel der schuldvordering, als processueel van het vorderingsrecht [1]), jus iniquum. In al deze gevallen blijft er slechts eene natuurlijke verbintenis over.

Men zoude dus deze hoofdindeeling kunnen maken: de verbintenis is òf van haren oorsprong af eene obligatio naturalis, òf wordt dit eerst later door bijkomende omstandigheden. De laatste groep kunnen wij geheel buiten beschouwing laten, daar de l. 33. D. de cond. ind. cit. waarvan wij thans den zin willen bepalen, daar geheel buiten valt. Bij de andere reeks, zal men zonder moeite steeds eene rechtshandeling vinden als oorsprong der natuurlijke verbintenis.

[1]) Gajus 4, § 104, 105.

Vaak genoeg is gewaarschuwd tegen ongemotiveerde uitbreiding van het begrip natuurlijke verbintenis. Het staat vast, dat deze volstrekt niet een voldoenden grondslag vindt in de behoorlijkheid en betamelijkheid alléén. Waar dan de meermalen aangehaalde l. 33. de cond. ind. ons zoo duidelijk komt vertellen, dat er hier in het geheel geene rechtshandeling aanwezig is, schijnt het mij volkomen gerechtvaardigd hieruit te concludeeren dat ook de geheele natuurlijke verbintenis ontbreekt.

Onmogelijk kunnen wij dus aannemen, dat in dezen text het retentierecht zijn grond vindt in eene obligatie. In hoeverre mag men nu deze uitspraak aannemen als algemeenen regel? In de eerste plaats wensch ik te doen opmerken, dat de l. 33. de cond. ind. volstrekt niet is een unicum in het Corpus Juris. Meermalen vinden wij beslissingen in denzelfden zin, zie b.v. l. 14 D. de dol mal. exc. (44. 4); l. 14 § 1 D. comm. div. (10. 3). Wanneer dit het geval is, dan mag men, vooral ook om het negatieve karakter van dit resultaat, veilig in het algemeen zeggen: retentierecht vindt *niet* zijn grond in eene verbintenis. Temeer is hiertegen geen bezwaar, daar alle overige gevallen van retentierecht worden toegekend in bewoordingen, eerder geschikt deze meening te staven dan te weerleggen.

Zelfs waar tusschen partijen bestaat eene verbintenis,

krachtens welke de retinent met eene actie zoude kunnen vorderen, wat hij ook langs den weg der retentie bereiken kan, is het toch niet dit vorderingsrecht, wat door de retentie wordt geldend gemaakt. Op tal van plaatsen komt min of meer duidelijk uit, dat het retentierecht en de rechtsmiddelen die uit de verbintenis voortvloeien (actie), als los naast elkander staande moeten worden opgevat. Men zie b. v.:

l. 8 pr. § 1 D. de pign. act. (13. 7).
l. 2 D. de lege Rhodia (14. 2).
l. 1 pr. D. quib mod. pign. (20. 6).
l. 39 D. fam. erciscund. (10. 2).
l. 50 § 1 D. de hered petit. (5. 3).
l. 59 D. de furt. (47. 2). vgl. l. 15 § 2. l. 53 § 4. eod.

Zoo zegt de l. 14. pr. § 1 comm. div. (10. 3) dat hij, die kosten maakt op eene gemeenschappelijke zaak, meenende dit op zijn eigen zaak te doen, alléén retentierecht heeft (de redenen hiervan zijn boven uiteengezet). Wist hij echter dat de zaak gemeenschappelijk was, dan wordt hem óók, daarenboven nog, (etiam) eene actio utilis gegeven om die impensae terug te krijgen, m. a. w. het retentierecht bestaat en blijft bestaan, zonder dat het al of niet hebben eener actie er den minsten invloed op heeft.

Zooals te verwachten was, hebben de voorstanders

der oudere theorie alle pogingen in het werk gesteld, om de kracht der argumenten van GROSKOPFF te ontzenuwen, en de verbintenis te handhaven als nood zakelijk vereischte voor het recht van retentie. Mr. GRATAMA [1]) doet opmerken, dat toch altijd de rechten en verplichtingen van den retinent en zijne tegenpartij tegenover elkaar blijven staan, en dus eene verbintenis zullen vormen. Niemand ontkent, dat *wanneer* werkelijk eene verplichting van den eischer ten bate van den retinent bestaat, er tusschen partijen eene verbintenis zal kunnen aanwezig zijn. Is echter daarmede bewezen, dat die verbintenis ook de grond van het retentierecht moet zijn? Natuurlijk niet. Ook toonden wij vroeger aan, dat niet in alle gevallen van retentierecht werkelijk op beide partijen verplichtingen rusten.

ECCIUS [2]) bezigt hetzelfde argument, en voegt er aan toe, dat de leer van GROSSKOPFF berust op het onjuiste denkbeeld, als zoude de naturalis obligatio zich moeten openbaren in nog andere gevolgen dan de soluti retentio, b.v. door compensatio. Uit het bovenstaande zal echter voldoende blijken, dat niet alleen op grond van deze opvatting der natuurlijke verbintenis GROSSKOPFF

---

[1]) GRATAMA. Rechtsgeleerd Magazijn 1887.

[2]) HOLTZENDORFF's Rechtslexicon i. v°. Retentionsrecht.

zijne theorie heeft opgebouwd, en dat deze bedenking van Eccius dus niet zwaar kan wegen.

Het vinnigst wordt Groskopff echter gecritiseerd in een artikel van de hand van Arndts. [1]) Deze acht het niet aannemen van eene verbintenis volkomen bezijden de waarheid. Volgens hem kan men geenszins het tegendeel afleiden uit de l. 33. D. de cond. ind., daar hier alleen de condictio indebiti wordt ontzegd, omdat er in het geheel geene betaling, laat staan eene onverschuldigde betaling, heeft plaats gehad. Hierbij wordt echter uit het oog verloren dat, moge ook de l. 33. cit. in de eerste plaats betrekking hebben op de condictio indebiti, niet alleen deze, maar ook *alle* andere rechtsmiddelen worden ontzegd, behalve het recht van retentie. Voorts is door Arndts volstrekt niet aangetoond, hoe hier eene obligatio naturalis zoude kunnen ontstaan zonder rechtshandeling. De consequentiën, door Arndts getrokken uit de theorie van Groskopff, mogen hen, die nog geheel doordrongen zijn van de oude theorie, met veroordeeling der nieuwe leer vervullen, of ze er echter veel tegen *bewijzen* is eene andere vraag. Zoo roept hij vol ontzetting uit: »borgtocht en novatie zouden niet meer mogelijk zijn."

---

[1]) Arndts. Gesammelte Schriften pag. 99 vlg. Zur Lehre vom Retentionsrecht.

Welnu, dan zijn ze niet mogelijk. De retinent heeft ook geen borgtocht noodig, daar hij in zijn recht voldoende zekerheid vindt.

Ik geloof niet dat de argumenten van ARNDTS afdoende zijn om de door hem bestreden leer omver te werpen. [1])

§ 4. *De Causa Retinendi. Vervolg.*

Na in de voorafgaande § de negatieve zijde van GROSKOFF's theorie ten opzichte van de causa retinendi te hebben nagegaan, rest ons thans te bespreken wat hij, voor hetgeen hij afbreekt, in de plaats wil stellen.

Vooraf ga echter nog deze opmerking, dat van het standpunt, dat in de vorige § door ons werd ingenomen, de weerlegging der theorie, die MR. GRATAMA in het Rechtsgeleerd Magazijn [2]) verkondigde, ons niet vele moeilijkheden kan baren. Deze schrijver geeft eene zeer groote uitbreiding aan het begrip retentierecht. Dit omvat volgens hem, niet alleen alle gevallen waar eene *zaak* teruggehouden wordt, maar ook die gevallen, waar b.v. eene verplichting bestaat om iets te *doen*, en de praestatie niet geschiedt. De dolus, waarop men zich

---

[1]) De overige argumenten door ARNDTS tegen de theorie van GROSSKOPFF te berde gebracht, zullen besproken worden waar wij deze theorie verder uiteenzetten.

[2]) t. a. p.

beroept, ligt dan hierin, dat de tegenpartij alleen de voordeelige zijde der verbintenis wil doen werken, zonder ook op de nadeelige acht te slaan. Hierdoor wordt ook de exceptio non adimpleti contractus tot het retentierecht gebracht [1]) Deze meening berust klaarblijkelijk geheel op het vereischen van eene verbintenis als grond van het retentierecht. Zelfs gaat GRATAMA verder dan de meeste voorstanders dezer richting, door ook de exceptio non adimpl. contr., die niet alleen op de verbintenis steunt, maar er geheel en al slechts een uitvloeisel van is, tot het retentierecht te rekenen. Voor deze theorie is natuurlijk in onzen gedachtengang geen plaats. [2])

---

[1]) Van dezelfde opinie zijn Mr. RAHUSEN: de jure retentionis diss. (Amstel. 1854), pag. 16, noot en Mr. BROWNE: het recht van retentie, Acad. proefschr. Leiden 1882, pag. 36, welke laatste zich tot staving van zijn gevoelen beroept op de omstandigheid dat de exc. n. a. c. evengoed eene toepassing der exc. doli is als de exc. die uit het retentierecht voortvloeit. Door deze redeneering komt het mij echter voor, dat men vervalt in de fout waarop ik in den aanvang van dit proefschrift wees: het identificeeren der exceptio doli met het recht van retentie.

[2]) Terloops zij opgemerkt, dat GRATAMA l. c. pag. 24 er eene tegenstrijdigheid in ziet dat GROSSKOPFF, bij zijne opvatting als zoude het retentierecht niet op een recht steunen, toch zelf steeds spreekt van retentie*recht*. Alsof het noodzakelijk ware dat elk recht weer zijn reden van bestaan vindt in een ander recht!

Laat ons thans nagaan, waarin volgens GROSKOPFF de causa retinendi gezocht moet worden.

Wanneer de exceptio doli jure retentionis niet berust op eene verbintenis, dan blijft niets anders over dan aan te nemen, dat zij alleen beschermt een *toestand*, eene feitelijke verhouding. Deze toestand bestaat hierin, dat hij die eene zaak in handen heeft, daarop kosten gemaakt heeft. Rechtens zullen die impensae voor hem verloren zijn. Betreft het onroerend goed dan geldt de regel: superficies solo cedit. Betreft het roerend goed, dan heeft de eigenaar der zaak eveneens den eigendom van het aequivalent der impensae door accessio verworven. Deze impensae representeeren een deel van het vermogen van hem die ze maakte, en zijn opgegaan in de te retineeren zaak. Zoolang nu de retinent de zaak nog in handen heeft, heeft hij, mét die zaak ook dat deel van zijn vermogen, dat hij daarin gestoken heeft, nog in zijn bezit. *Rechtens* moge hij den eigendom verloren hebben, *feitelijk* heeft hij al het zijne nog. Door het recht van retentie wordt nu bewerkt, dat hij zich van dat deel van zijn vermogen niet behoeft te ontdoen, voordat hij daarvoor is schadeloos gesteld. In oneigenlijken zin zoude men hier kunnen zeggen: in pari causa melior est causa possidentis. Hierin ligt de *dolus*, dat de eischer zich, bij eene *feitelijke* paritas

causarum, tegen den retinent wil beroepen op het strenge recht, om zich zelven in de voordeeligste positie te brengen.

Vindt nu deze opvatting steun in de texten van het Corpus Juris? Op deze vraag moet het antwoord bevestigend luiden. Naast uitdrukkingen als: »*ob* impensas retinere," vinden wij even vaak, als volkomen synoniemen daarmede: »*impensas* servare, *impendia* retinere, *sumptus* per retentionem servare." [1]) Hieruit schijnt te volgen dat de Romeinsche juristen zich als datgene, wat eigenlijk terug gehouden wordt, voorstellen de *sumptus*, de *impensae*, of ten minste het aequivalent daarvan, d. w. z.: dat deel van het vermogen van den retinent, dat deze in de zaak gestoken heeft, en dat hij niet anders in zijne macht kan houden dan door het terughouden der geheele zaak. [2])

Ook nog andere texten schijnen van denzelfden geest doordrongen te zijn. Zoo lezen wij in de l. 48. D. de

---

[1]) V. v. l. 14. § 1. D. comm. div. (10.3). l. 50. § 1. D. de H. P. (5. 3.) l. 21. D. ad. Sc. Treb. (36. 1). l. 4. C. eod. (6. 49). l. 59. D. de furtis (47. 2.).

Zie ook l. 5. i. f. de rei ux. act. C. 5. 13 waar gesproken wordt van impensas detinere.

[2]) Zie in anderen zin GRATAMA l. c. pag. 6.

rei. vind. (6. 1.) »superfluum sumptum meliore praedio facto, dominus *restituere* cogitur."

Het komt mij voor, dat de bronnen de leer van GROSKOPFF voldoende staven, en dat wij volkomen gerechtigd zijn, zijne conclusiën te aanvaarden en te stellen in de plaats der oude theorieën.

§ 5. *De gevallen van retentierecht.*

In de voorafgaande § spraken wij steeds alleen over de gevallen, waarin een deel van het vermogen van den retinent zich met de zaak vereenigd heeft. Het is hier de plaats te onderzoeken, of zich ook niet bij andere groepen van gevallen het retentierecht kan voordoen. Te komen tot eene goede systematiseering der gevallen van het retentierecht, ziedaar een der groote struikelblokken van bijna alle schrijvers over ons onderwerp. De heerschende theorie kent het recht van terughouding toe, wanneer er, tusschen de zaak die teruggehouden wordt, en de verbintenis der tegenpartij, welker voldoening men door de retentie wil bewerken, een zeker verband, eene zekere *connexiteit* bestaat. De moeilijkheid is nu: vast te stellen de beteekenis en de juiste grenzen van dat begrip »connexiteit".

Elke schrijver stelde weer eene andere definitie op, en nam eene andere reeks, »*connexiteitscategorieën*"

aan. Schenck [1]) noemt de opinies der voornaamste auteurs, en uit zijne opsomming kan men zich een beeld vormen van het verschil van gevoelen, dat op dit punt heerscht. Waar sommigen zich tevreden stelden met 3 categorieën van connexiteit, geven anderen er vijf, zelfs zes[2]). Schenck zelf stelt 4 zulke categorieën op [3]). Hij maakt daarbij eene onderscheiding in *oorspronkelijke* en *positieve* connexiteit [4]). Oorspronkelijk, noemt hij die connexiteit, die van nature bestaat, positief die, welke door eene stellige wetsbepaling, of door den wil der partij is geschapen. De oorspronkelijke connexiteit verdeelt hij over drie categorieën, t. w.: 1° de vordering ontstond uit het maken van kosten op de zaak. 2° de vordering ontstond uit dezelfde rechtsverhouding waarop het recht tot opvordering der zaak steunt, en 3° de vordering heeft haar ontstaan aan de zaak te danken. De vierde categorie wordt dan gevormd door de positieve connexiteit, en hierin plaatst SCHENCK alle gevallen die niet onder de eerste drie categoriën zijn onder dak te brengen! Het is dus hier weer: in cauda venenum!

---

1) SCHENCK. Die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten. Jena 1837.

2) SCHNORR. Diss. de j. r. ejusque causis et effectu. § 11.

3) SCHENCK l. c. § 55.

4) l. c. § 45.

In plaats van een naam te geven aan een begrip, heeft deze theorie maar al te vaak een begrip gezocht bij het bestaande woord: connexiteit. De vaagheid, en tengevolge daarvan, practische onbruikbaarheid van dit woord, hebben er veel toe bijgedragen, om van de leer van het retentierecht te maken (sit venia verbo) een warboel.

Ook over dit punt hebben de onderzoekingen van GROSKOPFF een nieuw licht geworpen. Zijn gedachtengang wil ik trachten in het kort hier weer te geven.

GROSKOPFF gaat uit van de opmerking dat men natuurlijk niet overal waar iemand eene zaak mag behouden, te doen heeft met retentierecht. Integendeel kan die bevoegdheid op tallooze andere rechtsbetrekkingen steunen, b.v. eigendom, pand, huur etc. Het eigenlijke retentierecht zal men alleen dáár mogen aannemen, waar iemand tot eene zaak die hij in handen heeft, in eene dusdanige betrekking staat, dat hij die aan den rechthebbende zoude moeten afgeven, ware het niet, dat de wet hem zekere aanspraken op schadeloosstelling toekende, en hem veroorloofde die zaak te blijven houden, totdat aan die aanspraken is voldaan. Het recht der tegenpartij op de zaak, wordt door den retinent ten volle erkend, en zal dus ook door den rechter erkend worden. Het gevolg van het opwerpen

der exceptio doli jure retentionis zal dus zijn: *niet* het voorkomen der veroordeeling, maar alleen, dat aan de veroordeeling toegevoegd wordt, deze beperkende *voorwaarde*, dat er slechts gevolg aan behoeft te worden gegeven, wanneer de eischer den retinent schadeloos gesteld heeft. Er zal dus geen sprake zijn van retentierecht, in die gevallen, waar de actie van den eischer òf niet gegrond, òf niet *nata* is, m. a. w.: waar de eischer door den rechter wordt *afgewezen*.

Aan deze beginselen toetst GROSKOPFF nu de theorie van SCHENCK [1]), die de meest gevestigde leer mag genoemd worden, en het blijkt dan, dat tal van gevallen door de oude theorie ten onrechte tot het retentierecht gebracht zijn. [2]) Speciaal die gevallen waar het recht zoude worden uitgeoefend, op grond van door de zaak toegebrachte schade. Immers, de actie ontstaat hier eerst door het aanbieden der schadevergoeding [3]).

Per slot van zaken blijven alleen over, die gevallen,

---

[1]) SCHENCK. Die Lehre von dem Retentionsrechte.

[2]) Voor dit deel van GROSSKOPFF's betoog, meen ik te kunnen volstaan met eene verwijzing naar zijn werk: t. a. p. § 8, 9, 10 en 11.

[3]) ECCIUS in HOLTZENDORFF's lexicon hoewel kennelijk geïnfluenceerd door GROSSKOFF's theorie, meent toch dat deze te ver gaat in gevallen van door de zaak toegebrachte schade geen retentierecht aan te nemen.

waar een deel van het vermogen van den retinent is opgegaan in de te retineeren zaak.

Ook tegen deze conclusiën komt ARNDTS in zijne bovenaangehaalde critiek ten sterkste op [1]). Hij erkent, dat eene voorwaardelijke veroordeeling mogelijk is, in de gevallen, die GROSKOPFF tot het retentierecht rekent, maar acht het onbewezen, en ook niet te bewijzen, dat dit in alle gevallen *moest* plaats hebben, en dat ook niet in andere gevallen voorwaardelijke veroordeeling kon voorkomen.

Het moge aan den eenen kant juist zijn, dat direct bewijs hier moeilijk te leveren valt, aan den anderen kant spreken de texten eer er vóór dan er tegen. Tegenover deze afbrekende critiek kan men stellen het feit, dat ARNDTS zelf de opmerking van GROSKOPFF, dat voor het recht van retentie in de bestreden texten, geene bewijsplaatsen zijn aan te voeren moet toegeven. Hij loopt hierover heen, door te zeggen: »Als eenig argument tegen het retentierecht in de dubieuse gevallen, blijft het rein negatieve argument, dat er geene

---

1) ARNDTS. Gesammelte Schriften. Zur Lehre vom Retentionsrechte, pag. 104 vlg.

Evenzoo Mr. GRATAMA. Rechtsgel. Mag. 1887, die de argumenten van ARNDTS overneemt.

bewijsplaatsen voor voorkomen [1])". Ondertusschen blijkt hieruit, dat ook de oude theorie niet al hare beweringen bewijzen kan. De eigenaardige wijze waarop in het Corpus Juris het retentierecht wordt behandeld, moge hiervan de oorzaak zijn, zij kan ons ook leiden in onze keuze tusschen de twee theorieën.

Uit de geheele wijze waarop in de bronnen het recht van terughouding wordt besproken, blijkt duidelijk, dat het iets zeer eenvoudigs moet zijn geweest. Stelt men nu tegenover elkaar: het zeer gecompliceerde recht van retentie volgens de oude theorie, en de werkelijk zoo eenvoudige voorstelling die GROSKOPFF van dit recht heeft gegeven, dan meen ik veilig te mogen zeggen, dat ook deze vergelijking ons moet leiden tot het geven der voorkeur aan de laatste leer.

Wij komen dus tot deze definitie: Het recht van retentie is het recht van den houder eener zaak, die hij verplicht is af te geven, maar waarop hij zekere onkosten gemaakt heeft, deze zaak te behouden totdat hem die kosten zijn vergoed. [2])

Bij het maken dezer kosten kunnen zich wederom verschillende nuances voordoen. Zoo kunnen uitgaven gedaan

---

[1]) l. c. pag. 112 vlg.

[2]) Zie GROSSKOPFF § 1. p. 15. PRET l. c. pag. 49.

zijn ter verbetering der zaak b.v. stellen van gebouwen op een stuk land, die nog in natura aan te wijzen zijn. Dit laatste is niet meer het geval bij het betalen van doktersrekeningen voor een slaaf, of het betalen van de schade, door dezen aangericht, ter voorkoming der noxae datio. Toch is ook in deze gevallen retentie geoorloofd.

In de door ons verdedigde leer, valt natuurlijk de connexiteit als afzonderlijk vereischte voor het recht van terughouding weg. Ook dit kan Arndts' goedkeuring niet wegdragen, en hij meent dat de geheele polemiek tegen de connexiteit niet veel te beduiden heeft, daar in de leer van Groskopff toch ook de aanspraken en tegenaanspraken meestal connex zullen zijn. Ik geef het gaarne toe, maar dit scherp begrensde verband, dat vanzelf uit de overige gegevens voortvloeit, is toch geheel iets anders dan het vage begrip des connexiteit, dat de oude theorie nog wel als vereischte stelt om het retentierecht te mogen aannemen. Voor wij tot de volgende § overgaan, wensch ik nog even stil te staan bij de l. un. C. etiam ob chirographariam pec. (8. 27) [1]) Hier hebben wij een geval van retentierecht, dat zich niet laat voegen in het door ons gegeven sys-

---

[4]) Het geval waarin aan den pandhouder de bevoegdheid wordt gegeven de zaak te behouden, totdat ook andere vorderingen dan waarvoor zij in pand gegeven was, zijn voldaan.

teem. Deze uitspraak van GORDIANUS staat echter in het Corpus Juris geheel op zich zelf, en vindt nergens steun. Integendeel duiden enkele plaatsen er op, dat de zaak vóór GORDIANUS anders werd opgevat. De l. un. C. cit. behoort dus als unicum geen invloed te hebben op het systeem. [1])

§ 6. *De tot retentie bevoegde persoon.*

In de eerste plaats wenschen wij hier de vraag ter sprake te brengen, of de tot retentie bevoegde persoon kan zijn *eigenaar* der te retineeren zaak.

De meeste schrijvers erkennen alleen retentie van eens anders zaak. Zoo bv. PRET, die zonder daarvoor eenige argumenten bij te brengen, zegt: »on ne comprend un droit de rétention que sur la chose d'autrui" [2]). Deze uitspraak komt ons echter voor, in allen gevalle te veel te zeggen. Wij vinden dan ook bij verscheidene schrijvers afwijkende gevoelens [3]). Het moge lastig zijn om in de bronnen bewijsplaatsen te vinden [4]) voor de stelling

---

1) Zie GROSSKOPFF § 11.

2) C. A. PRET. Du droit de rétention p. 94, n⁰. 103.

3) Cf. SCHENCK § 28—30. NICOLAS thèse, droit romain et français n⁰. 68.

4) In de l. 26 § 4 D. de cond. indeb. (12. 6), zoude men een zoodanige bewijsplaats kunnen zien. Voor onze stelling is dit bewijs echter uiterst zwak.

dat het retentierecht ook op eene zaak die men in eigendom heeft, kan worden uitgeoefend, — te zeggen dat men zich een zoodanig recht van terughouding niet kan *voorstellen* („on ne comprend pas") is stellig onjuist. Zeer zeker kan de eigenaar geraken in een toestand, volkomen gelijk aan dien, welke voor den niet-eigenaar grond tot retentierecht zoude opleveren, b.v. na gesloten koopcontract, maakt de eigenaar, vóór de levering, nog kosten, die de zaak voor ondergang behoeden. (l. 13 § 22 D. de act. empt. et vend. (19. 1.) Wij zouden het liever voor waarschijnlijk houden, dat de Romeinsche juristen, in een dergelijk geval, geen bezwaar zouden gemaakt hebben, om het retentierecht toe te passen.

Mag men deze gevolgtrekking aanvaarden, dan volgt hieruit, omgekeerd, dat het geenszins noodzakelijk is, dat hij, *tegen* wien men de retentie wil laten gelden, eigenaar der te retineeren zaak zij. Voldoende, maar ook noodig is, dat de tegenpartij hebbe een recht tot opvordering der zaak.

Verder moeten wij hier nagaan, of de retinent moet zijn *bezitter* der te retineeren zaak.

Wil men eene zaak kunnen terughouden, blijven behouden, dan moet men klaarblijkelijk beginnen met ze reeds in zijne macht te hebben. Dit laatste zoude het geval kunnen zijn, zoowel door *possessio civilis*, als door

nuda detentio. Het retentierecht nu, steunt alleen op het feitelijk element van het bezit, op de detentio. Dit zal dadelijk duidelijk worden, wanneer men in het oog houdt, dat bij verreweg het meerendeel der gevallen van retentierecht, de terughouding uitgeoefend wordt tegen den *eigenaar*. Door zich te beroepen op het retentierecht, erkent men de gegrondheid van het recht der tegenpartij, en hierdoor vervalt dus per se het juridische element, de animus rem sibi habendi. Van juridiek bezit, als vereischte van het retentierecht, kan dus geen sprake zijn, maar veeleer is men hiertoe reeds bevoegd als bloote houder. [1])

§ 7. *De te retineeren zaak.*

Algemeen wordt erkend, dat de zaak, die voorwerp van retentierecht zal uitmaken, moet zijn eene *res in*

[1]) Alleen LUDEN (das Retentionsrecht. Leipzig 1889) eischt possessio civilis. Zijne zonderlinge theorie is in hoofdzaak deze: het retentierecht berust daarop, dat de kracht eener persoonlijke verbintenis grooter is dan de plicht om eene vreemde zaak terug te geven. Twee gevallen zijn mogelijk: òf het recht ontstaat uit een plicht, òf omgekeerd. De plicht om eene vreemde zaak terug te geven, ontstaat uit het recht van de tegenpartij. Het recht ontstaat uit de plicht, bij overeenkomst of delict. Hier is dus de plicht ouder, en dus sterker, dan het recht. Daarom kan men het retentierecht alleen doen gelden op grond van persoonlijke acties, tegen eene zakelijke vordering. De leer van LUDEN heeft geene aanhangers gevonden.

commercio. Niet vatbaar voor terughouding zijn dus bv. de vrije mensch, de res publicae etc. [1]).

Zoowel roerende als onroerende zaken kunnen geretineerd worden. De meeste texten spreken van onroerende goederen; voorbeelden van het tegenovergestelde geval vindt men: GAJUS II 77, 78. § 33. § 34. I. de div. rer. l.l. 2, 3. §§ 2, 3, 4. l. 27. § 5. D. de R. V. [2])

Kunnen ook onlichamelijke zaken geretineerd worden? Deze vraag brengt ons op een terrein waar meer verschil van gevoelen heerscht [3]). Het schijnt mij juister, aan te nemen, dat rechten *niet* vatbaar zijn voor retentie, immers wij hebben gezien, dat het retentierecht steunt op het feitelijk element van het bezit, op de detentie, en dat kan bij rechten niet wel voorkomen. Voor zoover men er toch somtijds van spreekt, geschiedt dit steeds in zeer oneigenlijken zin. Wij kunnen dus aannemen, dat alleen op lichamelijke zaken een retentierecht kan worden uitgeoefend. De meening van sommigen, dat de l. 25 en l. 26 D. de procurat. (3. 3) met deze opvatting in strijd is, werd overtuigend weerlegd door GROSKOPFF [4]).

---

[1]) Cf. SCHENCK. l. c. § 26. p. 97 en 98.

[2]) Zie PRET pag. 95. n°. 104.

[3]) Zie SCHENCK § 27. GRATAMA l. c. pag. 13. PRET pag. 95, n°. 105 sqq.

[4]) Das Retentionsrecht § 8.

§ 8. *Karakter van het retentierecht.*

I. Het retentierecht is *geen accessoir recht.* De gevestigde theorie beschouwt het wèl als zoodanig. Het zoude dan zijn accessoir aan de verbintenis waarop het steunt. Onze opvatting van de retentie, als een geheel zelfstandig recht, is natuurlijk absoluut onvereenigbaar met een accessoir karakter. Bij dit punt behoeven wij dus niet lang stil te staan, maar kunnen wij volstaan met te verwijzen naar het voorafgaande deel van ons betoog.

II. Het recht van terughouding is *evenmin* een *subsidiair* recht. Subsidiair zoude het zijn wanneer het alleen daar werd toegestaan, waar andere rechtsmiddelen ontbreken. Deze meening wordt zoo duidelijk mogelijk tegengesproken door vele texten van het Corpus Juris. Men zie l. 59. D. de furt. l. 14 § 1 D. comm. div. l. 8 pr. § 1 D. de pign. act.

III. Belangrijker is de vraag of het retentierecht is een *deelbaar* of een *ondeelbaar* recht. De deelbaarheid is hierbij aldus op te vatten, dat de retinent door het afgeven van een deel der zaak, het retentierecht op het overige deel alleen kan uitoefenen, tot een evenredig deel van zijne onkosten, en aan den anderen kant, dat hij, door gedeeltelijke voldoening, genoopt zoude kunnen worden de zaak gedeeltelijk te restitueeren.

In dezen zin wordt de deelbaarheid verdedigd door Pret [1]). Deze, die ook de leer van Groskopff is toegedaan, redeneert aldus: wanneer het retentierecht steunt op het feit, dat een deel van het vermogen van den retinent is opgegaan in de zaak, dan moet men met het verliezen van een deel der zaak, tevens verliezen het daarin stekende deel der kosten. Hiervoor kan dus geene retentie meer plaats hebben.

De conclusie waartoe deze schrijver komt, zoude juist zijn, zoo niet de bronnen telkens de zaak en het retentierecht als ondeelbare geheelen tegenover elkander stelden. Een voorbeeld zal onze bedoeling duidelijker maken. We vinden in de l. 38. D. de R. V. (6. 1) deze casuspositie: in fundo alieno, quem imprudens emeras, ... conseruisti, deinde evincitur. De bezitter heeft dus gezaaid op grond van een ander. Niets dwingt ons hier aan te nemen, dat het *geheele* land bezaaid moet zijn. Evengoed kan een deel braak zijn blijven liggen, en de kosten van bezaaiing dus alleen op een bepaald aan te wijzen deel der zaak zijn aangewend. Maar nu zegt de l. 38 cit. verder: »(dominus) reddat impensam, ut *fundum* recipiat." Er staat dus niet, dat de eigenaar de impensae moet vergoeden om terug te krijgen dàt

---

[1]) Pret l. c. pag. 70, n⁰. 71.

deel der zaak, waarop in casu de kosten gemaakt zijn, maar om terug te bekomen de *geheele* zaak.

Hieruit volgt, dat de geheele zaak wordt teruggehouden voor de kosten, op elk deel gemaakt.

Evenzeer worden in den aangehaalden text de impensae beschouwd als een geheel, in dien zin, dat zij *geheel* moeten vergoed zijn, eer de tegenpartij zijn land terug krijgt. In het algemeen kan men dus zeggen, dat het Romeinsche recht het recht van retentie beschouwt als een ondeelbaar recht.

Het is minder juist de ondeelbaarheid te willen afleiden uit analogië met het pandrecht.

IV. In hoeverre is het recht van retentie *vatbaar voor overdracht?* Deze overdracht kunnen wij ons op twee wijzen denken: 1° *active*, door overgang van het recht op eenen nieuwen retinent, en 2° *passive*, door verandering in den persoon, tegen wien het recht van terughouding zal uitgeoefend worden. Eene tweede verdeeling, die deze eerste kruist, wordt gevormd door de onderscheiding in overdracht *onder algemeenen titel* en *titulo singulari.*

Houden wij in het oog, dat het retentierecht berust op het zich bevinden in een bepaalden toestand, dan zal duidelijk zijn, dat de rechtverkrijger dit recht alleen kan doen gelden, op grond dat hij ten opzichte der zaak

in denzelfden toestand is gekomen als zijn rechtsvoorganger. Dat bij erfopvolging de bevoegdheid tot retentie, zoowel active als passive, overgaat, spreekt vanzelf, daar de erfgenaam eigenlijk slechts is eene voortzetting van de vermogensrechtelijke persoonlijkheid van den erflater. [1])

Evenzoo erkende het Rom. recht overgang van de bevoegdheid tot retentie, bij overdracht der zaak titulo singulari. We vinden in het Corpus Juris een text van PAULUS (l. 14 § 1. D. comm. div. 10. 3) die deze vraag uitdrukkelijk bespreekt, en uitmaakt, dat de rechtverkrijger onder bijzonderen titel (in casu de kooper) het retentierecht heeft wegens onkosten door zijnen rechtsvoorganger gemaakt.

Wij moeten ons, naar mijne meening, dezen overgang op een nieuwen retinent aldus voorstellen: De verkooper (om bij het voorbeeld der l. 14. D. cit. te blijven) heeft mét de zaak aan den kooper overgedragen dat deel van zijn vermogen, dat hij door het maken van kosten in de zaak gestoken heeft. Het is dus nu zoo goed alsof de kooper deze onkosten zelf gemaakt had, en hij bevindt zich dus in eenen toestand die tot retentierecht aanleiding geeft.

Blijft nu echter het retentierecht ook stand houden,

---

[1]) vgl. l. 58. D. de leg. et fid. (30).

wanneer hij, die de zaak kon opvorderen, zijn recht aan een derde overdraagt? Mij dunkt dat niets zich daartegen verzet. Immers, gelijk wij reeds meermalen zeiden, het recht van retentie berust op een *toestand*, en deze toestand blijft voor den retinent onveranderd voortduren, onverschillig wie hij als eigenaar of rechthebbende tegenover zich heeft staan. Ook tegen den nieuwen verkrijger kan hij dus de zaak terughouden, totdat hij is schadeloos gesteld. Te meer worden wij in deze meening gesterkt, wanneer wij bedenken, dat anders de eigenaar het in zijne macht zoude hebben, door vervreemding van het goed, de geheele werking van het recht van terughouding illusoir te maken, en den retinent te berooven van zijn, vaak eenige, rechtsmiddel om zijne onkosten vergoed te krijgen. Wel kan de passieve overgang van het retentierecht in een dergelijk geval, hoogst onaangenaam zijn voor den verkrijger der zaak, die zich niet altijd even gemakkelijk vooraf zal kunnen vergewissen, of er zulk een last op de zaak rust; in allen gevalle staat hem echter zijn verhaal op den vorigen eigenaar ten dienste. [1])

V. Veel moeite hebben de schrijvers zich gegeven, om uit te maken, of het retentierecht is een *zakelijk*

---

[1]) l. 9. C. de evict. (8. 44).

of een *persoonlijk* recht. De groote indeeling van alle rechtsbetrekkingen in zakelijke en persoonlijke rechten, maakt het wenschelijk, ook aan het retentierecht zijne plaats in eene dier beide groepen te kunnen aanwijzen. In het oog houdende, dat het recht van retentie geldt tegenover iederen derde, en dat het niet berust op eene obligatie tusschen partijen, maar integendeel den retinent stelt in eene onmiddelijke betrekking tot de zaak, zoude ik mij het liefst aansluiten bij de meening van hen, die de *zakelijke* natuur van dit recht aannemen.

Ten opzichte van de mogelijkheid het recht tegen derden te doen gelden zegt SCHENCK: dat, waar men de zaak wil behouden tegenover hem, die niet gerechtigd is ze op te vorderen, dit niet is retentierecht, maar eenvoudig verdediging van het bezit, en dat dus het recht van terughouding alleen geldt tegen den bepaald aangewezen „Retentionsgegner," wien de zaak toebehoort. Echter zelfs in het geval dat de tegenpartij volstrekt geen recht op de zaak heeft, is het denkbaar, dat de houder in de actie berust, en zich alleen beroe-

---

[1]) Zie in verschillenden zin SCHENCK l. c. § 16, pag. 72. RAUTER in Rev. de dr. franç. et étranger I, 1844. pag. 581 vlg. CABRYE du droit de rétention n°. 13. GROSSKOPFF l. c. § 18. pag. 93. PRET l. c. pag. 79—83. Deze beweert, dat het retentierecht zoude zijn noch zakelijk noch persoonlijk.

pen wil op zijn retentierecht. Of hij door dit te doen, doelmatig handelt, en of hij licht tot zulk een opgeven van zijn recht zal komen, kunnen wij hier ter zijde laten. *Mogelijk* blijft het, en zeker is, dat in dat geval ook anderen dan de eigenlijke „Retentionsgegner" het retentierecht moeten respecteeren. Het recht geldt dus wel degelijk tegen iederen derde.

VI. Kan het retentierecht ook *door overeenkomst gevestigd* worden? Wij moeten aannemen dat dit *niet* denkbaar is. Het retentierecht is niet eene zekerheid voor eene vordering, of een dwangmiddel tot voldoening eener vordering, maar bewerkt alleen, dat de retinent behoudt, wat hij heeft steken in de zaak, die aan een ander toebehoort. Hoe deze toestand, de rechtsgrond van het retentierecht, geschapen moet worden door testament of overeenkomst is niet duidelijk.

VII. Ten slotte moet hier volledigheidshalve nog melding gemaakt worden van de meening, door sommige schrijvers verkondigd, [1]) als zoude het retentierecht zijn een soort *eigenrichting*, en als zoodanig eene uitzon-

---

[1]) Zie de schrijvers aangehaald bij Schenck, l. c. pag. 65, noot 1. Zie voorts Rauter t. a. p. pag. 589, 590. Voor het Nederlandsch recht: Mr. de Sitter in Nederl. Jaarboeken van Rechtsgel. en Wetg. VI, pag. 564.

dering op het algemeene beginsel, dat niemand zich zelven recht mag verschaffen. Deze leer, die het jus retentionis opvat als eene uitzondering op een algemeenen regel, leidt natuurlijk tot streng beperkende uitlegging der gevallen, waarin de bronnen het retentierecht toekennen, met uitsluiting van alle analogische interpretatie. Het onhoudbare van deze theorie, is echter van verschillende kanten overtuigend aangetoond. Inderdaad kan er moeilijk sprake zijn van eigenrichting, waar wij niet hebben een onrechtmatig inbreuk maken op bestaande toestanden, in casu het zich in bezit stellen eener zaak, tegen den wil van den rechthebbende, en met het doel zich uit die zaak te voldoen. Daarentegen vinden wij bij het retentierecht lijnrecht het tegendeel: de hulp van den rechter wordt ingeroepen, om zich te handhaven in eenen bestaanden toestand, om te houden wat men heeft, om te voorkomen dat men een nadeel lijde, waartegen de billijkheid zich verzet. Hierbij is dus geen spoor van dien inbreuk op de algemeene rechtsorde, die steeds samengaat met eigenrichting.

§ 9. *Rechten en verplichtingen van den retinent.*

De eigenaardige toestand, waarin hij, die het retentierecht uitoefent, zich als zoodanig, bevindt, zal in het

leven treden, zoodra de redenen, die hem tot nog toe recht gaven op de detentie der zaak, buiten werking treden, m. a. w. zoodra hij niet meer zegt: ik behoef de zaak niet af te geven, daar ik ben: huurder, vruchtgebruiker, leener, etc., maar hij zich alleen kan beroepen op zijn retentierecht.

Het is duidelijk, dat deze toestand zoowel in het leven kan treden tegelijk met, en naar aanleiding van het instellen der actie door de tegenpartij (b.v. bij den bezitter te goeder trouw), als reeds vóór dien tijd b.v. bij den bruikleener. Wat ook de verhouding moge zijn, die vroeger tusschen den retinent en zijne tegenpartij bestond, van het oogenblik af dat het retentierecht in werking treedt, zullen zich overal *dezelfde* rechtsbetrekkingen voordoen. Aan het onderzoek dezer rechtsbetrekking zullen de volgende bladzijden gewijd zijn.

A. *Rechten van den retinent.*

Het eenige recht, dat den retinent toekomt, is: de zaak te blijven detineeren. Deze detentie behoeft hij niet op te geven, voordat hij geheel voor zijne uitgaven is schadeloos gesteld. Verliest hij ze echter, dan kan hij de zaak *niet* terug eischen, behalve in geval van *furtum*. In dit laatste geval echter gaat zijne actie

op, zelfs tegenover den eigenaar, (zie l. 53. § 4 D. de furt, (47. 2) l. 15. § 2. l. 59 eod.) In alle andere gevallen gaat dus met het verlies der detentio ook het recht van terughouding verloren.

Met deze detentie is geenszins verbonden een recht van preferentie, of een recht om de zaak te doen verkoopen. Evenmin is de retinent gerechtigd de zaak te gebruiken. Zelfs mag hij zich de vruchten niet toeeigenen, in mindering van zijne aanspraken, maar hoogstens kan hij deze, evenals de hoofdzaak, aan zijn retentierecht onderwerpen.

B. *Verplichtingen van den retinent.*

Bij het eindigen van zijn recht zal de retinent de zaak moeten afgeven, behalve in het geval dat zij buiten zijne schuld is te niet gegaan. Deze verplichting tot afgifte kan men echter niet beschouwen als voortvloeiende uit het retentierecht, daar het eigenlijk slechts is de afgifte die voortvloeide uit de, aan het retentierecht voorafgaande, rechtsverhouding. Deze afgifte is eenigen tijd uitgesteld, maar moet nu, na het eindigen van de terughouding, plaats grijpen.

Van meer belang is de vraag, of de retinent voor de zaak moet *zorgen*, zoolang hij haar in handen heeft, en, zoo ja, *welke* zorg hij dan moet aanwenden.

Wij staan hier wederom tegenover het stilzwijgen van de bronnen. GROSKOPFF neemt aan, dat de verplichting om voor de zaak zorg te dragen dezelfde blijft, die op den retinent rustte, gedurende den tijd dat hij zijne detentio nog kon gronden, op eene andere causa dan het retentierecht. Dus, de *bezitter* die later retinent wordt moet aanwenden de zorg als van een bezitter, de *negotiorum gestor* als van een negotiorum gestor, enz. Het is echter in strijd met de eenheid der rechtsbetrekkingen die uit het retentierecht voortvloeien, aan te nemen, dat de retinent nu eens tot deze, dan weer tot gene zorg verplicht is. Veeleer zal de mate van zorg die aangewend behoort te worden, voor elken retinent gelijk zijn. Welke graad van zorg dit is, vinden wij niet in het Corpus Juris. Wellicht mogen wij, in aanmerking nemende dat de detentie hier alleen ten voordeele van den retinent strekt, analogie aannemen met andere gevallen waar men met eene dergelijke detentie te doen heeft, en dienovereenkomstig van den retinent eischen die zorg »qualem diligens pater familias suis rebus adhibet."

§ 10. *Te niet gaan van het retentierecht.*

De wijzen van te niet gaan van het retentierecht, hangen ten nauwste samen met de vereischten, die wij

achtereenvolgens voor dit recht stelden: *detentio*, *res retinenda*, *causa retinendi.* Zoodra een dier vereischten wegvalt, gaat ook het recht zelf mede te gronde.

1° *Detentio.*

Reeds in de voorgaande § zagen wij, dat, behalve in geval van furtum, het retentierecht onherroepelijk verloren gaat, door verlies der detentie. Voor dit punt verwijzen wij dan ook naar het vroeger door ons gezegde.

2° *Res retinenda.*

Het geheele te niet gaan der te retineeren zaak, moet van zelf ook den ondergang van het retentierecht met zich voeren. De retinent zal echter, als zoodanig, aansprakelijk zijn, voor zoover het vergaan der zaak aan zijne schuld te wijten is. Daar met het verliezen der zaak de retentie ook ophoudt, zoude men dit geval ook kunnen rangschikken sub 1°.

Dat de retinent zijn recht zoude verliezen door het overschrijden zijner bevoegdheden, [1]) b.v. door het *gebruiken* der zaak, schijnt mij niet juist. Men moet aannemen, dat het retentierecht in een dergelijk geval blijft bestaan, maar dat de retinent aansprakelijk is voor zijne onrechtmatige handelingen.

---

[1]) De voorstanders dezer theorie vindt men aangehaald bij Schenck t. a. p. pag. 342 noot.

3° *Causa retinendi.*

Hier komen wij op het terrein, waar de meest voorkomende wijze van te niet gaan van het retentierecht te zoeken is, namelijk de opheffing der causa retinendi, doordat de tegenpartij den retinent datgene betaalt, waarop deze aanspraak maakt. Deze bevrediging kan men echter alleen daar aannemen, waar eene werkelijke voldoening heeft plaats gehad. Door het stellen eener *cautie* voor de voldoening, wordt de causa retinendi *niet* opgeheven, daar de retinent er meer belang bij heeft, de zaak in handen te houden, dan ze, zelfs tegen voldoende zekerheid, af te geven. Minus est actionem habere, quam rem (l. 204 D. de R. J.). Interfuit ei potius per retentionem eas (impensas) servare quam ultro agere (l. 59 D. de furt. 47. 2.) [1]) Door het stellen van eene zoodanige zekerheid kan dus het retentierecht geenszins worden te niet gedaan.

Op dezen algemeenen regel komen echter *uitzonderingen* voor, die echter als zoodanig, strictissimae interpretationis zijn. Vooral vinden wij deze uitzondering in het geval, dat de retinent nog geene werkelijke uitgaven heeft gedaan, maar alleen zekere verplichtingen op zich genomen heeft, b.v. door het stellen der cautio damni

---

[1]) Cf. l. 2 D. de comp. (16. 2); l. 26 D. de procurat (3. 3).

infecti. [1]) Hier verbiedt de billijkheid den retinent, van zijne tegenpartij meer te verlangen, dan dat hij hem zeker stelle tegen het eventueel te lijden nadeel. In dien geest spreekt het Corpus Juris zich dan ook herhaaldelijk uit.

4° *Overige wijzen van te niet gaan.*

Ten slotte moet nog opgemerkt worden, dat het retentierecht ook zal kunnen te niet gedaan worden door afstand, confusio, en andere dergelijke wijzen van te niet gaan van rechten. Daar zich hierbij echter geene bijzonderheden voordoen, kunnen wij deze buiten beschouwing laten.

§ 11. *Vergelijking van het retentierecht met eenige andere rechtsverhoudingen.*

Er bestaan verscheidene rechtsbetrekkingen, die eene meer of minder groote overeenkomst vertoonen met het recht van terughouding, hetgeen somtijds tot verwarring heeft aanleiding gegeven. Zonder hier alle rechtsfiguren te willen opsommen, die eenige gelijkenis met het retentierecht vertoonen, zullen wij in het kort nagaan die twee gevallen, waarbij die overeenkomst het grootst is,

---

[1]) Grosskopff t. a. p. § 14.

en die dientengevolge ook het meest aanleiding tot misverstand hebben gegeven.

I. *Compensatio.*

De compensatie, waarbij men eveneens eene zaak die aan een ander toebehoort, onder zich behoudt, biedt zoo talrijke punten van overeenkomst met het recht van retentie, dat vele schrijvers tot de conclusie zijn gekomen, dat men hier niet te doen heeft met twee verschillende rechten, maar met twee wijzen van uiting van hetzelfde recht. De compensatie wordt dan genoemd: *retentio perpetua*, in tegenstelling met de eigenlijk gezegde retentie, of *retentio temporalis.* Hoewel deze opvatting thans door de meest gezaghebbende schrijvers verlaten is, kan het niet overbodig zijn, in het kort de hoofdpunten van verschil tusschen de beide instellingen in herinnering te brengen.

1°. Wie zich op compensatie beroept, bedoelt de zaak voorgoed te behouden. De retinent wil dit slechts tijdelijk.

2°. Het gevolg van compensatie is hetzelfde als van betaling. Retentie bedoelt alleen een stimulans voor de betaling te zijn.

3°. Detentio is voor retentie absoluut vereischte, voor compensatie echter niet.

4°. Compensatio werd in het Romeinsche recht eerst zeer langzaam toegelaten. Retentio had reeds vroeger een meer algemeen karakter.

Het is duidelijk, dat bij zoo talrijke en zoo belangrijke punten van verschil, van eene gelijkstelling der beide rechten geen sprake mag zijn.

II. *Pignus.*

Ook bij het vuistpand hebben wij te doen met eene bevoegdheid eens anders zaak onder zich te houden; voorts geven pand en retentierecht beide den rechthebbende eene zekerheid, dat hem betaald zal worden wat hem toekomt. Hierdoor bestaat er wel eenige gelijkenis, echter volstrekt geene gelijkheid. De verschilpunten tusschen pand en retentie zijn talrijk: Pand berust op de overeenkomst tusschen partijen, retentie niet. Pandrecht bedoelt in de eerste plaats te geven *zekerheid*, bij retentierecht is dit wel tot op zekere hoogte gevolg van het recht, echter geenszins hoofddoel. Men zoude nog op verscheidene andere verschilpunten kunnen wijzen.

Hoe is men er dan toe gekomen beide rechten zoo met elkaar te verwarren? Soms vindt men, in plaatsen waar men meende met retentierecht te doen te hebben, uitdrukkingen als „quasi pignus retinere; pignoris nomine, pignoris loco retinere." [1]). Door hierop te

---

[1]) Zie l. 13 § 8 D. de act. empt. (19. 1).
l. 22 D. de her. vel act. vend. (18. 4.).
l. 31 § 8 D. de aedil. ed. (21. 1).
l. 14 § 1. l. 15 § 2 D. de furt. (47. 2).

veel gewicht te leggen kwam men er toe, de vergelijking tusschen Pandrecht en Retentierecht zeer ver door te voeren, en bij alle dubieuze quaesties, voor het retentierecht beslissingen te geven, naar analogie van het pandrecht.

Waar echter deze uitdrukkingen voorkomen, hebben ze steeds meer op het oog eene verwijderde gelijkenis, dan dat ze in eenig opzicht gelijkstelling bedoelen.

Zoo lezen wij b.v. in de l. 15 § 2 D. de furt. (47. 2) de uitdrukking: quia eo casu *quasi pignoris loco* ea res fuit. Dus nog niet eens pignoris loco, maar quasi pignoris loco. Dat men uit zulke onbestemde uitdrukkingen geene gevolgtrekkingen mag maken, behoeft wel niet nader betoogd te worden.

Hiermede meenen wij van dit onderdeel van ons betoog te kunnen afstappen, om in de volgende hoofdstukken na te gaan, hoe deze instelling zich gaandeweg heeft gevormd en vervormd tot het retentierecht, zooals wij dat in de moderne wetgevingen vinden neergelegd.

HOOFDSTUK II.

Kort overzicht van de ontwikkeling van het retentie-recht tot de moderne codificatie.

In dit hoofdstuk stellen wij ons voor, als overgang tot de bespreking van het recht van retentie naar hedendaagsch recht, een vluchtigen blik te slaan op de periode, die het moderne recht van het Romeinsche scheidt.

Zijn in het Romeinsche recht de texten waaruit de theorie van het retentierecht moet opgebouwd worden reeds niet bijzonder talrijk en duidelijk, in de eerste eeuwen na den val van het Romeinsche rijk vinden wij in het geheel geene bronnen, die van dit recht melding maken. Toch schijnt het niet juist, hierin het bewijs te willen vinden, dat het retentierecht nu ook eensklaps van den aardbodem verdwenen was. Dit is evenmin het geval, als dat de kracht van het Romeinsche recht plotseling zoude hebben opgehouden. In het algemeen kunnen wij zeggen, dat het retentierecht bleef gehandhaafd, waar en voor zoover het Romeinsche recht

rechtskracht bleef behouden. Dit geldt, na de scheiding van Frankrijk in Pays du droit écrit, en Pays du droit coutumier, in de eerste plaats voor de Pays du droit écrit. De receptie van het Romeinsche recht in de noordelijke Pays du droit coutumier, ruimde de laatste beletselen uit den weg, die aan de vrije ontwikkeling van het retentierecht in den weg stonden [1]).

Wat het Germaansche recht betreft, vinden wij slechts zeer weinige gegevens. In de vroegste tijden zijn de bronnen alleszins onvoldoende om er eene theorie uit af te leiden [2]). In de daarop volgende periode worden echter de gegevens talrijker, en staan wij voor ons onderzoek op vasteren bodem.

Dat ook het oud-Germaansche recht het retentierecht

---

[1]) Hier heb ik vooral het oog op de omstandigheid, dat het belang der rechtsprekende „*seigneurs*" medebracht, het retentierecht tegen te werken. Immers, van elk proces ontvingen zij retributiën en zij moesten dus schade lijden door vermindering van het aantal der processen. Het retentierecht bewerkt nu, dat in ééns wordt afgedaan, wat anders stof tot twee processen zoude geven: één over het recht op de zaak, en een tweede over de te vergoeden kosten. Ja zelfs kan het retentierecht processen geheel voorkomen. Om dezelfde reden traden ook eerst na de herlevende studie van het Romeinsche recht de reconventie en de compensatie onbelemmerd te voorschijn.

[2]) Zie de vermoedelijke oorzaken van dit stilzwijgen die opgegeven worden door PRET: le droit de rétention pag. 171 vlg.

gekend heeft, wordt buiten twijfel gesteld door verscheidene *coutumes* en *ordonnances royales* [1]). In deze coutumes vinden wij echter alleen beslissingen van speciale gevallen en allerminst eenen algemeenen regel. De aanvullende kracht van het Romeinsche recht, voor gevallen waar de coutumes zwegen, is algemeen erkend, maar deze twee, naast elkander geldende, wetgevingen, waren tevens oorzaak, dat de rechtszekerheid nogal wat te wenschen overliet, en dat allerlei misbruiken konden ontstaan. Deze kwade praktijken leeren wij kennen, uit de bepalingen in de ordonnanties, die aan dien toestand paal en perk willen stellen. Zoo lezen wij in de ordonnance van Mentils les Tours (gegeven in 1453) art. 44, het verbod aan de procureurs om processtukken der partijen te retineeren voor het hun toekomende salaris.

Van algemeener toepassing is art. 97 der ordonnantie van Villers-Cotterets (1539): Et si sur l'exécution dudit jugement ou arrêt, était requis connaissance de cause pour améliorations, réparations ou autres droits qu'il conviendrait liquider, le condamné sera tenu de vérifier et liquider lesdites réparations, méliorations, ou

---

[1]) Zie o. a. Poitou art. 371; Angoulême art. 79. Anjou art. 378. Mantes art. 84. Montargis ch. XII, § 14. Orléans art. 293.

autres droits, pour lesquels il prétend rétention des lieux et choses adjugées, *dans un bref délai*, seul et péremptoire, qui sera arbitré par les éxecuteurs, selon la qualité des matières et les distances des lieux; autrement et à faute de ce faire dans ledit temps, et icelui échu, sans autre déclaration ou forclusion seront contraints les condamnés se désister et départir de la jouissance des choses adjugées en baillant caution par la partie, qui aurait obtenu le délaissement, de payer après la liquidation ce qui serait demandé par le condamné; laquelle liquidation il sera tenu de faire dans un autre et bref délai, qui lui sera préféré par les juges et créanciers, et sera condamné en amende envers nous et réparation envers la partie, pour la rétardation de ladite exécution selon les qualités que dessus".

Zooals men ziet richt zich dit artikel tegen het misbruik maken van het retentierecht om de zaken op de lange baan te schuiven.

Art. 52 der ordonnance de Moulins (1566) vult boven geciteerde ordonnantie aan, door de daarbedoelde korte termijn te bepalen op *ééne maand* [1]). Trachten wij nu ons nader rekenschap te geven, van den aard van het

[1]) Zie ook de ordonnantie van 1667 onder Lod. XIV. tit. 27, art. 9.

retentierecht onder het oud-Germaansche recht, dan moet het ons treffen, dat deze in vele opzichten afwijkt van die, welke wij meenden in het Romeinsche recht voor de juiste te moeten houden. Terwijl in het Corpus Juris de zekerheid, die de retinent in zijn recht van terughouding vindt, slechts is een noodzakelijk gevolg van den inhoud en het karakter van dit recht, treedt in het oud-Germaansche recht deze zekerheid hoe langer hoe meer op den voorgrond, en wordt zelfs hoofdzaak.

De oorzaak van deze wijziging in de opvatting, is te zoeken in het misverstaan van sommige texten van het Corpus Juris, waar gesproken wordt van: retinere quasi jure pignoris. Reeds in het voorafgaande gedeelte van ons betoog hadden wij de gelegenheid, uiteen te zetten, hoe deze vergelijking naar onze meening behoort te worden opgevat [1]). Door op deze verre analogie te veel nadruk te leggen, kwam men er toe het retentierecht te gaan beschouwen als een soort pandrecht, strekkende tot zekerheid van een vorderingsrecht. Meer speciaal werd thans met het retentierecht verbonden een recht van voorrang op de opbrengst der zaak.

Door Mr. GRATAMA [2]) is er op gewezen, dat ook in

---

[1]) Hoofdstuk I § 11.

[2]) Rechtsgeleerd Magazijn 1888, pag. 147 vlg.

het Germaansche recht zelf eene instelling bestond, die aanleiding gaf tot de uitbreiding der bevoegdheden van den retinent in bovengemelden zin, namelijk de zoogenaamde panding, vooral die welke geschiedt door den schuldeischer, eigenmachtig, met tusschenkomst der overheid.

In deze panding kan men twee momenten onderscheiden: de crediteur begint met eene zaak van den debiteur in zijne macht te brengen, en eerst als deze toestand gedurende een zekeren termijn heeft voortgeduurd, en de pressie, op deze wijze op den debiteur uitgeoefend, geene betaling ten gevolge gehad heeft, verkrijgt de crediteur een recht van executie, met voorrang op de opbrengst. Mr. GRATAMA wijst op de overeenkomst, die bestaat tusschen het retentierecht, en het eerste stadium van deze panding, eene overeenkomst die zoo groot is, dat men beide rechtsinstellingen zoude kunnen identificeeren. »Was het wonder" roept hij uit, „dat daar, waar het eerste gevolg der panding aanwezig was, men ook het tweede gevolg (praeferentie) aannam?"

De opvatting, dat het retentierecht is eene *zekerheid* voor een *vorderingsrecht*, kon zich daarom te meer vestigen, daar men thans steeds een vorderingsrecht voor de impensae erkende, wat in het Romeinsche

recht, zooals wij boven zagen, niet altijd het geval was. [1])

Daar het recht van retentie thans steeds wordt toegekend op grond van een vorderingsrecht, is het geworden een *accessoir* recht, welk karakter het volgens Romeinsch recht niet bezat. Als accessoir recht zal het recht van terughouding te niet gaan met het te niet gaan der hoofdverbintenis.

Het meer op den voorgrond treden van het karakter van *zekerheid*, heeft tengevolge, dat het recht van retentie te niet kan worden gedaan, door eene andere zekerheid er voor in de plaats te stellen.

Ook in deze periode blijft het retentierecht zijne voornaamste toepassing vinden in het geval, dat op de te retineeren zaak impensae gemaakt zijn, hoewel zich daarnaast ook enkele andere gevallen beginnen voor te doen.

De hier uiteengezette meening vinden wij gehuldigd door POTHIER, die zich beroept op de »décision

[1]) Zie b. v. CLAUDE SERRES, aangehaald bij PRET, l. c. pag. 198. Suivant le droit romain.... Mais en France, où les formules des actions sont abrogées, et où l'on ne s'attache qu'à l'équité, il est indifférent, quant au remboursement des bâtiments et réparations, que l'on soit en possession du fonds, ou que l'on n'y soit plus, et on peut le demander directement et sans circuit.

commune des docteurs, cités par Sébast, de Médicis, tract. de compens. p. I § 19." [1])

In het traité du prêt à usage n°. 43, kent POTHIER uitdrukkelijk een voorrecht toe op de geretineerde zaak »la chose étant censée obligée" voor de gemaakte impensae. [2])

Ook onze oud-Hollandsche schrijvers vinden wij dezelfde meening toegedaan. SIMON VAN LEEUWEN noemt het recht van terughouding, hoewel hij het niet beschouwt als »proprie pignus," toch »aliquid pignori simile et quasi pignus." [3])

Bij VAN DER KEESSEL vinden wij de uitdrukking: jus retentionis sive pignus tacitum. [4])

Voorts staan, ten opzichte van het recht van terughouding, zoowel het Wetboek van Koning Lodewijk Napoleon, als het Ontwerp Burgerlijk Wetboek van 1820, op zuiver Germaansch rechtelijk standpunt. Het karakter van zekerheid staat voorop, gelijk reeds blijkt

---

[1]) POTHIER, Traité des obligations n°. 625.

[2]) Zie ook eod. n°. 82. Traité de la propriété n°. 357. Traité du mandat n°. 59.

[3]) Censura forensis lib. IV Cap. 29. § 8. Cf. Cap. 37. § 1.

[4]) Theses selectae n°. 682. Cf. n°. 479.

Vergelijk hier verder o. a. DE GROOT. Inleyding Bk. II, Dl. 48 § 19 en Bk. III, Dl. 29 § 4.

VOET. Commentarius ad Pandectas lib. XX, tit. 4. n°. 37.

uit de plaatsing van het retentierecht in het Wetboek Lodewijk Napoleon, in het Hoofdstuk, handelende over pandrecht uit de wet (B. III tit. 17), terwijl voorts beide codificaties met het retentierecht een recht van praeferentie verbinden. [1])

---

[1]) Zie Wetb. Kon. Lodew. Nap. Boek III, tit. 17, jeto art. 1835.

Ontwerp 1820, Boek IV, afd. 3, art. 3295, sqq. Cf. art. 3459.

HOOFDSTUK III.

Nederlandsch Recht.

---

§ 1. *Hoe moet ten opzichte van het retentierecht de Nederl. wet uitgelegd worden.*

Zoowel in het Burgerlijk Wetboek, als in het Wetboek van Koophandel, wordt het retentierecht al even stiefmoederlijk behandeld als in het Romeinsche- en oud-Germaansche recht. Nergens heeft men getracht algemeene beginselen vast te stellen; voor zoover het recht ter sprake komt, geschiedt dit naar aanleiding van bijzondere gevallen. Soms wordt het recht van terughouding *uitdrukkelijk toegekend*, in andere, daarmede gelijksoortige gevallen *zwijgt* de wet, terwijl het ook voorkomt dat het retentierecht uitdrukkelijk wordt ontzegd.

Het is duidelijk dat deze wijze van behandeling weder aanleiding geeft, de oude vraag te opperen: hoe moet de wet worden uitgelegd? Is analogische uitbreiding toegelaten, of moet men de gevallen van retentie streng

beperken tot de in de wet erkende? Het komt mij voor, dat in dit geval de oplossing der questie niet dubieus kan zijn. De schijnbare steun, dien de voorstanders der analogische uitbreiding zouden kunnen vinden in art. 487 W. v. K. (immers ware geen analogie toegelaten en zelfs verondersteld, dan zoude het overbodig zijn het retentierecht nog eens uitdrukkelijk te ontzeggen), deze steun vervalt, wanneer wij dieper doordringen in den zin van genoemd art. 487 W. v. K. Wij vinden hierin een terugslag op het oud-Hollandsche recht [1], waar in dit geval wèl recht van terughouding was toegelaten. Onder deze omstandigheden was de bepaling van art. 487 W. v. K. alleszins gerechtvaardigd ter voorkoming van misverstand en zij schijnt eerder in het wetboek opgenomen, om voor dit geval *uit te sluiten* analogie met art. 533 W. v. K., dan om in het algemeen voor het recht van retentie analogie *toe te laten.*

Wij moeten dus aannemen dat, waar de wet het recht van retentie niet uitdrukkelijk toekent, dit achterwege gebleven is, omdat de wetgever dit recht in dat geval niet *gewild* heeft [2]. Analogie is alleen dan geoorloofd,

---

[1]) Ook het ontw. W. v. K. 1822 (art. 222) volgde op dit punt het Oud-Vaderlandsche recht.

[2]) Vgl. LAURENT 284, 286, 293.

wanneer de wet zwijgt of onduidelijk is, en van zulk eene onduidelijkheid kan geen sprake zijn, waar de wet in sommige gevallen een recht toekent, en in andere daarvan geen gewag maakt. Evenmin ligt hierin een zwijgen der wet in dien zin als dit geëischt wordt om analogie te mogen toelaten.

Wij moeten ons dus strikt houden aan de bepalingen van het B. W. en het W. v. K. [1]) Dit is ook, voor ons recht, het gevoelen van Mrs. DIEPHUIS en DE SITTER. Voor het Fransche recht willen sommige schrijvers het retentierecht beschouwen als algemeenen regel, en het slechts bij uitzondering ontzeggen [2]).

§ 2. *Gevallen van retentierecht.*

Hoewel wij bij verschillende schrijvers reeds de gevallen waarin het retentierecht zich in onze wetgeving voordoet, vinden opgesomd, en dus wellicht zouden kunnen volstaan met eene verwijzing naar hunne werken, komt het ons wenschelijk voor, hier in het kort de in

---

[1]) Voor het W. v. K. maakt RAHUSEN (Acad. proefschr. Amst. 1854) eene ongemotiveerde uitzondering.

[2]) DALLOZ n°. 2, 3. In minder sterke mate ook bij ZACHARIAE: Handb. des Franz. Civilrechts 1 § 184. TOULLIER. le droit civ. franç. III, n°. 130. DURANTON. Cours de droit civ. franç. IV, n°. 382. Tarrible ad art. 2175 C. C.

aanmerking komende artikelen aan te halen, vooral met het oog op het feit, dat op sommige punten vrij veel verschil van gevoelen bestaat.

Art. 630 en 631 B. W. geven het recht van terughouding aan den bezitter te goeder trouw wegens noodzakelijke uitgaven, gemaakt op de bezeten zaak, en voor de kosten, besteed aan de fructus pendentes. Dat het retentierecht in dit geval wordt toegekend, is volkomen in harmonie met de beginselen van het Romeinsche recht. De *Code Civil* gewaagt noch in artt. 548 en 549 (die met art. 630 B. W. correspondeeren), noch elders, van een retentierecht van den bezitter wegens gemaakte onkosten. LAURENT [1]) komt dienovereenkomstig tot de volkomen gewettigde conclusie, dat de bezitter ook geen retentierecht *heeft.* Dat velen aarzelden om deze gevolgtrekking te maken, en een recht van retentie te ontzeggen in een geval, waar aan den eenen kant de billijkheid in sterke mate er vóór zoude pleiten, aan den anderen kant dit recht altijd is toegelaten geweest, — het heeft zonder twijfel veel er toe bijgedragen om de meening dat analogie toegepast zoude mogen worden, in Frankrijk meer veld te doen winnen dan ooit in Nederland het geval is geweest.

---

[1]) t. a. p.

Art. 623 en 881 B. W. verklaren art. 630 en 631, ook toepasselijk bij possessoire acties en bij de hereditatis petitio.

Art. 762 B. W. geeft aan den opstaller recht van terughouding op de gebouwen, werken en beplantingen, welker waarde hem door den eigenaar moet vergoed worden [1]).

Art. 772 B. W. kent daarentegen aan den eigenaar een recht van terughouding toe tegen den erfpachter, bij het eindigen van diens recht. Deze retentie wordt uitgeoefend, op wat de erfpachter volgens de wet of volgens overeenkomst zoude mogen wegnemen.

Art. 1205 B. W. brengt ons weder op de oude questie, die eene ongelukkige uitspraak van GORDIANUS deed ontstaan [2]). Reeds in het eerste Hoofdstuk van deze verhandeling werd er op gewezen, hoe deze plaats als een onlogisch unicum in het Corpus Juris staat. Talooze schrijvers hebben getracht dezen text met de rechtsbeginselen in overeenstemming te brengen. De bepaling bleef voortbestaan, en werd in het Fransche recht, en in ons B. W. overgenomen, maar ook de oude strijd duurt voort. Wat is de aard van het recht

[1]) Cf. art. 763 B. W.

[2]) l. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8. 27).

dat de pandhouder behoudt op het pand, voor later aangegane schulden? Mr. OPZOOMER [1]) en Mr. DIEPHUIS [2]) zien hier een *stilzwijgend* PANDRECHT. Daartegenover zouden wij ons liever aansluiten bij de woorden van Mr. BROWNE, waar hij zegt [3]): »we zouden echter meenen, dat een beroep op den vermoedelijken wil der partijen hier niet afdoende is, om een zoo exceptioneel pandrecht toe te kennen, terwijl het immers aan partijen vrijstaat, om ook voor de tweede schuld een pand te nemen."

Ons inziens hebben wij hier slechts te doen met een recht van retentie [4]), voor welke opvatting wij ook steun vinden in de woorden der wet. Welke toch is de bevoegdheid, die de wet aan den schuldeischer toekent? Hij *behoeft zich niet van het pand te ontdoen.* Dus alleen eene negatieve bevoegdheid, en geen sprake van een recht van verkoop of voorrang.

Art. 1400 B. W. geeft retentierecht op de zaak, die

---

[1]) Het B. W. verklaard. Dl. IV pag. 592.

[2]) DIEPHUIS V, n⁰. 872.

[3]) BROWNE. Het recht van retentie. Acad. pr. Leiden 1882, pag. 33.

[4]) Tot dezelfde conclusie komen o. a. Mr. R. VAN BONEVAL FAURE. Handleiding B. W. Dl. II, pag. 175. Mr. RAHUSEN, de jure retentionis. Acad. Proefschr. pag. 43 vlg.

met de condictio indebiti wordt opgevorderd, totdat de, voor die zaak gedane, noodzakelijke uitgaven zijn vergoed.

Ook voor het in dit art. gegeven recht worden door enkelen bezwaren geopperd, om het te rangschikken onder de gevallen van retentierecht, op grond dat hier de bevoegdheid wordt gegeven tot terughouden eener zaak, die den retinent in eigendom toebehoort. (Immers, dat men door eene zaak, zij het ook onverschuldigd, in betaling te ontvangen, den eigendom van die zaak verkrijgt, staat boven twijfel.) Welnu, zoo redeneert men, retentierecht wordt ons alleen gegeven op de zaak *van een ander* [1]), dus de bevoegdheid, die art. 1400 aan den houder geeft is geen retentierecht.

Met het volste recht zoude men, mijns inziens, hier tegenover de vraag kunnen stellen, waar dan toch in onze wet dat beginsel staat uitgedrukt, dat het retentierecht alleen op andermans goed kan worden uitgeoefend, en wanneer daarop het antwoord moet zijn: „nergens", met welk recht wil men dan toch dit zoogenaamde beginsel aan het recht van retentie opdringen?

Art. 1612 B. W.: wanneer de huur, krachtens over-

---

[1]) o. a. Mr. L. de Hartog in Themis II, Dl. IX, pag. 391. Anders Opzoomer t. a. p. Dl. VI, pag. 305.

eenkomst, bij verkoop zal worden verbroken, maar de huurder in dat geval recht op schadevergoeding zal hebben, dan is deze niet tot ontruiming verplicht, vóór het betalen dier schadevergoeding.

Art. 1652 B. W. geeft retentierecht aan arbeidslieden, die eenig goed onder zich hebben, op dat goed, tot de volle voldoening der kosten en arbeidsloonen daaraan besteed.

Bij deze toepassing van het retentierecht vallen enkele bijzonderheden op te merken. In de eerste plaats geeft art. 1652 reeds dadelijk de zeer bijzondere bepaling, dat het retentierecht hier ophoudt wanneer door den eigenaar der zaak genoegzame zekerheid gesteld wordt. Terecht doet Mr. Wildervanck [1]) opmerken, dat men zich wél moet hoeden, deze bepaling tot andere gevallen uit te breiden. De motiveering dezer exceptioneele bepaling werd gezocht in de vrees, dat de werklieden hun retentierecht zouden misbruiken, om door overdreven rekeningen den eigenaar lastig te vallen, en hem, ter voorkoming van ongerief, tot betaling daarvan te noodzaken. Daarom werd de beperking noodzakelijk geacht [2]). In den Code Civil komt het geheele art. niet voor [3]).

---

[1]) Acad. pr. Gron. 1890, pag. 8, noot 2.

[2]) Voorduin V, ad art. 1652, pag. 250.

[3]) De schrijvers kenden veelal het retentierecht in dit geval toch toe, waartegen Laurent terecht te velde trekt.

Voorts is opmerkenswaardig, dat in dit geval het retentierecht samenvalt met een recht van privilege, volgens art 1185, 5°. B. W.

Art. 1766 B.W. kent het recht van terughouding toe, aan den bewaarnemer, tot de volle voldoening van hetgeen hem ter zake der bewaring verschuldigd is.

Art. 1849 B. W. geeft retentierecht aan den lasthebber totdat hem alles betaald is, wat hij ter zake der lastgeving te vorderen heeft.

Art. 85 W. v. K. maakt art. 1849 toepasselijk op den commissionair.

Art. 533 W. v. K. geeft den schipper retentierecht voor vervoergeld, en kosten van onderhoud van den passagier, op de goederen door hem aan boord gebracht.

Art. 684 W. v. K. geeft den makelaar in zeeassurantiën retentierecht op de polis, totdat de geassureerde het voorgeschoten bedrag heeft terugbetaald.

Hiermede zouden wij onze opsomming kunnen eindigen, ware het niet, dat enkele artt. nog een oogenblik onze aandacht vereischen. Dit zijn artt. 1514 en 1568 B. W., die in de voorafgaande reeks niet werden genoemd, hoewel verscheidene schrijvers ze opvatten als behelzende gevallen van retentierecht.

Art. 1514 bepaalt: „de verkooper is niet verplicht het goed uit te leveren, indien de kooper den koop-

prijs niet betaalt, en de verkooper hem geen uitstel van betaling heeft toegestaan."

Art 1568 bepaalt: »De verkooper die van het beding van wederinkoop gebruik maakt, kan niet in het bezit van het wederingekochte treden, dan nadat hij den geheelen koopprijs heeft teruggegeven, en alle rechtmatige kosten heeft vergoed, op en ter zake van den koop en de levering gevallen, mitsgaders de noodzakelijke kosten van reparatiën en die waardoor het verkochte goed in waarde is vermeerderd, ten beloope van die vermeerdering."

Tot de schrijvers, die in deze artt. een recht van terughouding zien behooren Mrs. RAHUSEN [1]) en BROWNE [2]), die beiden dezelfde argumentatie gebruiken. Zij redeneeren als volgt: »men zegt dat hier geen retentierecht is, maar eene toepassing der exceptio non adimpleti contractus. Welnu deze exceptie is evengoed eene toepassing der exc. doli als het retentierecht, dus is hier ook retentierecht." De onjuistheid van dezen gedachtengang werd reeds boven in het licht gesteld. Niet overal waar eene exceptio doli zich voordoet, zijn wij bevoegd te zeggen dat we met retentie te doen hebben.

Mijns inziens behooren bovenaangehaalde artt. geens-

---

[1]) t. a. p. pag. 16 noot.

[2]) t. a. p. pag. 36.

zins onder het retentierecht gerangschikt te worden. Wanneer de verkooper zijne zaak behoudt totdat betaald wordt, wanneer de kooper met recht van wederinkoop de zaak behoudt totdat hem den koopprijs wordt teruggegeven, dan doen zij dit niet op grond van een bijzonder recht van terughouding, maar alleen krachtens hun eigendomsrecht.

Voor deze opvatting verklaren zich eveneens Mr. DIEPHUIS, [1]) en Mr. WILDERVANCK. [2])

Nu wij de gevallen van retentierecht, in de wet vermeld, hebben nagegaan, rest ons een enkel woord te wijden aan de vraag, in hoeverre dit recht kan gevestigd worden bij overeenkomst. Evenals op bijna elk onderdeel van de theorie van het retentierecht, vinden wij ook op dit punt wederom verschillende meeningen. Verscheidene schrijvers ontkennen ten eenen male de mogelijkheid van zulk een conventioneel retentierecht, o. a. Mr. DE SITTER. Het komt mij echter voor, dat het lastig is, voor ons recht [3]) voldoende argumenten aan te voeren om de bevoegdheid, het retentierecht

---

[1]) Systeem. Dl. 7, pag. 678.

[2]) t. a. p. pag. 10.

[3]) Volgens Romeinsch recht zagen wij, dat de rechtsgrond van het retentierecht zich verzet tegen het begrip van vestiging door overeenkomst.

bij overeenkomst te vestigen te ontzeggen, en dat men wel genoodzaakt is met Prof. DIEPHUIS [1]) tot de conclusie te komen, dat een recht van retentie bij overeenkomst kan worden bedongen en gegeven.

Met deze oplossing der quaestie hebben wij echter geenszins alle moeilijkheden uit den weg geruimd. Men zal moeten aannemen, dat zulk een conventioneel recht volkomen dezelfde werkingen heeft als het wettelijk retentierecht, voor zoover tenminste uit de speciale overeenkomst niet bepaalde afwijkingen voortvloeien.

Nu kan het voorkomen, dat het conventioneel retentierecht misbruikt wordt ter ontduiking van art. 774 W. v. K. Immers, hij die op het punt staat failliet verklaard te worden, kan conventioneel retentierecht hebben verleend binnen den termijn, die art. 774 W. v. K. aanleiding geeft in een dergelijk geval pandrecht en hypotheek nietig te verklaren. Dat de faillietverklaring het retentierecht niet opheft, hoop ik in den lateren gang van mijn betoog aan te toonen. Op grond van art. 774 kan het niet vernietigd worden. Alleen art. 777 zoude hier kunnen helpen, echter het hier vereischte moeilijke bewijs, van de kwade trouw van beide zijden

[1]) t. a. p. p. 678.

zal in vele gevallen bezwaren opleveren. Zoo loopt dus art. 774 W. v. K. groot gevaar krachteloos te worden.

In de nieuwe wet op het faillissement [1]) is aan dit bezwaar voor een goed deel tegemoet gekomen, door te bepalen in art. 42, dat de, door den debiteur onverplicht verrichte, handelingen kunnen worden teniet gedaan, indien de schuldeischers daardoor benadeeld zijn, en *van beide zijden de wetenschap bestaan heeft*, dat deze benadeeling uit de handeling zoude volgen. In verband hiermede luidt art. 43: „Indien de handeling waardoor de schuldeischers benadeeld zijn, verricht is binnen veertig dagen vóór de faillietverklaring, en de schuldenaar zich niet reeds vóór den aanvang van dien termijn daartoe had verplicht, wordt de aan het slot van het vorige art. bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, vermoed aan beide zijden te bestaan: 1°....., 2°. bij handelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor eene niet opeischbare schuld."

Gaan wij nu de gevallen na waarin de wet het retentierecht heeft gegeven, en stellen wij daartegenover andere gevallen, waar dit recht geene toepassing heeft gevonden, dan meenen wij te mogen betwijfelen

---

[1]) Wet van 30 Sept. 1893, Stb. 140.

of de wetgever zich bij het al of niet toekennen van het recht van terughouding, door vaste beginselen heeft laten leiden.

Het ligt niet op den weg der wetsinterpretatie, om desniettegenstaande eenen vasten regel te willen vinden, ter beantwoording der vraag, *wanneer* het retentierecht moet worden toegekend. Eene geheel andere quaestie is echter: *wat* is het retentierecht, wat zijn zijne werkingen, welke rechten en verplichtingen spruiten er uit voort? Tot het oplossen van deze vragen, uit de karige gegevens die de wet biedt, is de uitlegger niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht.

Karige gegevens, want in vele belangrijke onderdeelen der theorie heeft de wetgever veel, zoo niet alles, aan de wetenschap overgelaten. Laat ons in elk geval beginnen, met in de volgende §§ te zien wat er uit de wet te halen is.

§ 3. *Vereischten van het retentierecht.*

Ten opzichte van de vereischten van het retentierecht, zijn de artikelen der wet duidelijk genoeg. In de eerste plaats zien wij in alle gevallen waar van het retentierecht sprake is, voorondersteld, dat de retinent is in het *bezit der te retineeren zaak.*

Dat dit bezit niet behoeft te zijn de possessio civilis,

blijkt ten duidelijkste uit de omstandigheid, dat de meeste personen, aan wie de wet het retentierecht toekent, slechts bloote houders zijn. Doordat de retinent erkent het recht der tegenpartij op de zaak, wordt uitgesloten de, voor de possessio civilis gevorderde, animus rem sibi habendi.

Daar dus in dezen zin het bezit element is van het retentierecht, doet het verlies van het bezit ook het recht op terughouding verloren gaan. Het eigenaardig recht, dat den pandhouder gegeven is, om de verloren of ontvreemde zaak terug te vorderen, en bij terugbekoming geacht te worden, het bezit nooit verloren te hebben, is aan den retinent *niet* toegekend.

Zelfs in het geval van art. 630 B. W., waar de wet het retentierecht toekent aan den possessor, zoude deze, indien de zaak uit zijne handen geraakte, niet bevoegd zijn, om de zaak met eene possessoire actie terug te eischen, en daarna, op grond dat hij geacht wordt het bezit nooit verloren te hebben, zijn afgebroken recht van terughouding weder te gaan uitoefenen. Immers de possessor kan zich niet meer op zijn bezit beroepen, daar hij, zoodra hij heeft verklaard van zijn retentierecht gebruik te willen maken, zijn animus domini, ergo zijne possessio, heeft prijsgegeven.

Als tweede vereischte vinden wij in alle gevallen die

de wet kent, verondersteld, het bestaan van eene *geldige hoofdverbintenis*, waarbij dan het retentierecht de rol speelt van accessoir recht.

De wet bepaalt in elk speciaal art., welke die geldige hoofdverbintenis moet zijn, om tot terughouding te berechtigen. In verreweg het meerendeel der gevallen is deze hoofdschuld ontstaan, door het maken van onkosten op de zaak. Hoever dit retentierecht voor onkosten gaat, zal men uit elk bijzonder artikel moeten opmaken. Nooit strekt het zich uit tot de impensae voluptuariae.

Tot het stellen van meerdere vereischten voor het recht van terughouding, geloof ik niet dat de wet aanleiding geeft. Speciaal niet tot het vereischte van connexiteit, daar ook dit niet bij alle artikels doorgaat.

§ 4. *Rechten van den retinent.*

Konden wij in de vorige § onze beslissingen steeds uit de woorden der wet direct afleiden, hier betreden wij een minder vasten bodem. Waartoe is de retinent bevoegd? Hoever strekken zich zijne rechten uit? Welke is de verhouding van zijn recht tot andere rechtsbetrekkingen? Op vele dezer vragen blijft de wet het antwoord schuldig.

De bevoegdheid, door de wet aan den retinent toe-

gekend, bestaat hierin, dat hij de zaak, die hij onder zich heeft, mag *blijven behouden.* Deze bevoegdheid wordt onder verschillende bewoordingen toegekend. Soms zegt de wet alleen, dat er is een „recht van terughouding." Waar echter dit recht nader omschreven wordt, vinden wij: „hij (de retinent) heeft recht de zaak onder zich te houden" [1]) of „hij is niet gehouden zich van de zaak te ontdoen" [2]) of „hij is gerechtigd de zaak in zijn bezit te houden" [3]) of „kan niet tot ontruiming worden genoodzaakt." [4]) Deze voorbeelden mogen voldoende zijn om aan te toonen, dat, zij de terminologie der wet ook al verschillend, naar gelang van het speciale geval, waarvoor het art. geschreven is, de werkelijke bevoegdheid van den retinent niets meer is, dan *blijven behouden.* Hierdoor is van zelf ontzegd het recht om, op welke wijze ook, de zaak te gebruiken. [5])

Hoe moet het echter wanneer de teruggehouden zaak vruchten of interessen opbrengt? De wet zwijgt, en toch zal men tot eene beslissing moeten komen. Prof. DIEPHUIS [6]) geeft als zijn gevoelen te kennen, dat de retinent die vruchten niet mag genieten, maar alleen

---

[1]) Art. 630 B. W. [2]) Art. 1205 B. W.
[3]) Art. 1400 B. W. [4]) Art. 1612 B. W.
[5]) Evenzoo RAHUSEN t. a. p. pag. 50. BROWNE t. a. p. pag. 54.
[6]) t. a. p. Dl. III, n°. 316.

het recht heeft ze te beschouwen, als eveneens aan zijn retentierecht onderworpen. De vruchten komen dus in dezelfde verhouding tot den retinent als de zaak zelve.

Mr. BROWNE, [1]) op het voetspoor van DALLOZ, [2]) wil den retinent daarenboven het recht toekennen om, ingeval de hoofdschuld interessen draagt, de vruchten met die interessen te verrekenen. Hij beroept zich daartoe op analogie met art. 1204 B. W., waar hetzelfde recht wordt gegeven aan den pandhouder, die in een dergelijk geval verkeert, als eveneens onder zich hebbende eens anders zaak, tot zekerheid eener inschuld. Deze oplossing schijnt mij het aannemelijkst.

Tot welk tijdstip mag de retinent de zaak behouden? De termen der wet geven, hoewel niet altijd even duidelijk, te kennen dat de zaak niet behoeft teruggegeven te worden, voordat de *geheele* hoofdschuld is voldaan. Zeer duidelijk lezen wij dit in art. 1205, waar gezegd wordt, dat men zich van de te retineeren zaak niet behoeft te ontdoen, voordat de schuld „ten volle zij voldaan." [3]) Evenzoo b.v. in art. 1400 waar in het 1ste lid staat, dat hij die eene zaak met de condictio

---

[1]) t. a. p.
[2]) t. a. p.
[3]) Zie ook art. 1766 B. W.

indeb. opvordert *alle* noodzakelijke uitgaven moet voldoen, en dadelijk daarop, dat de tegenpartij retentie kan uitoefenen totdat *die* (s.c. „alle") uitgaven zijn voldaan. Naar ons recht is dus de ondeelbaarheid van het retentierecht niet dubieus. De retinent kan niet genoodzaakt worden, om na het ontvangen van gedeeltelijke betaling, de zaak gedeeltelijk terug te geven. Dat ook het verlies van een deel der zaak niet ten gevolge heeft, dat men zijn retentierecht slechts tot een evenredig gedeelte der hoofdsom zoude kunnen doen gelden, blijkt uit art. 1849 B. W. waar den lasthebber het recht wordt gegeven om „*hetgeen hij onder zich heeft*" te retineeren, tot dat hem alles betaald is, wat hij tengevolge van de lastgeving te vorderen heeft.

Blijft nu echter onder alle mogelijke omstandigheden, het recht op terughouding bestaan, totdat de retinent *ten volle* heeft gekregen datgene, waarop hij aanspraak heeft? Ziedaar de vraag, die ons voert op het terrein, waarop voor ons moderne recht de gewichtigste en practisch meest belangrijke vraagstukken liggen, die zich alle resumeeren in deze eene quaestie: Kunnen derden tegenover den retinent in zulk eene positie komen, dat hij ten hunnen behoeve verplicht is zijn retentierecht prijs te geven, al is hij ook nog niet volkomen betaald?

Om het belang van deze vragen zullen wij er eene afzonderlijke § aan wijden.

§ 5. *Verhouding van den retinent tot rechten van derden.*

In de eerste plaats moeten wij hier onderzoeken, of het retentierecht teniet gaat door den *verkoop* der zaak. Is het mogelijk dat hij, tegen wien retentierecht wordt uitgeoefend, de zaak verkoopt? Daartegen is geenerlei bezwaar; de bevoegdheden van den retinent leggen hieraan geene beletselen in den weg. Alleen bij roerende goederen, waar voor de eigendomsoverdracht noodig is lichamelijke overgave van het goed, zal de verkooper niet den eigendom, maar hoogstens eene persoonlijke actie tot opvordering kunnen overdragen.

Wanneer nu de derde verkrijger den retinent aanspreekt, met eene actie tot opvordering van het goed, is deze dan gerechtigd, ook tegen hem zijne exceptie op te werpen? Voor het geval van overgang onder algemeenen titel spreekt dit vanzelf, daar dan de verkrijger treedt in alle rechten, maar ook in alle verplichtingen van zijnen rechtsvoorganger. Hetzelfde vinden wij bij overdracht onder bijzonderen titel, van roerend goed. Daar kan, zooals wij deden opmerken, alleen de persoonlijke rechtsvordering tot verkrijging

van het goed worden overgedragen. Door deze in te stellen, tracht de verkrijger geldend te maken het recht van den overdrager, en het retentierecht blijft dus gehandhaafd, alsof de retinent direct tegenover dezen laatste stond.

De eenige moeilijkheid kan dus slechts liggen, in overdracht onder bijzonderen titel van onroerend goed. Blijft in zulk een geval het retentierecht zich staande houden, tegen de revindicatio der tegenpartij?

Tot het beantwoorden van deze en volgende vragen, meen ik, dat het juiste standpunt waarop men zich behoort te stellen, is: dat men steeds wèl in het oog houde, dat de wet overal het recht van terughouding toekent *algemeen*, en niet tegen eenen bijzonderen persoon. Van dit standpunt uitgaande schijnt er geen enkele grond te bestaan, waarom men zoude moeten aannemen, dat het retentierecht hier te niet gaat.

Echter, lang niet alle schrijvers zijn het met deze opvatting eens. De meerderheid vat het recht van retentie op als een recht, dat alleen tusschen de handelende personen kan werken.

Ook LAURENT, [1]) die de werking van het retentierecht tegenover derden afzonderlijk bespreekt, komt

---

[1]) t. a. p. n°. 287.

tot de slotsom, dat het alleen tusschen de partijen behoort te gelden. Daar deze schrijver zijne opinie vrij uitvoerig motiveert, wenschen wij bij zijne argumenten een oogenblik stil te staan.

Zijne methode van onderzoek in deze materie is de volgende: Bij elk art, van den Code Civil of Code du Commerce, waar hij een recht van retentie meent te vinden, vraagt hij zich af: werkt hier dit recht tegen derden? Zoo gaat hij bij een dier artikels speciaal na, den invloed dien het verkoopen der zaak op het retentierecht heeft. [1]) Dit zoude niets minder zijn, dan te niet gaan van dit recht. Immers: „sur quoi cette exception est-elle fondée? Uniquement sur l'équité", en deze billijkheid »toute puissante entre parties contractantes, n'a aucune valeur à l'égard des tiers." Bij alle gevallen

---

[1]) Art. 1612 C. C. Hier wordt het geval verondersteld, dat de kooper der zaak, die nog niet betaalde en aan wien nog niet geleverd is (die echter naar Fransch recht toch den eigendom verwierf) de zaak weer verkoopt, en deze laatste kooper revindiceert de zaak van den oorspronkelijken verkooper. Art. 1612 geeft den verkooper de bevoegdheid de zaak te retineeren tot de betaling van den koopprijs. Dit art. rekenden wij *niet* tot het recht van retentie. Laurent doet dit *wèl*. Zijne redeneering voor dit geval mogen wij gerust aanvoeren, daar hij in andere gevallen van retentierecht tot hetzelfde resultaat komt.

die LAURENT onderzoekt, komt hij tot een dergelijk resultaat. Nergens vindt hij het recht van retentie als een zakelijk recht, dat aan derden kan worden tegengeworpen. Nergens zegt de wet dat het retentierecht tegen elken derde opgaat. Ware het retentierecht een zakelijk recht, dan zoude het moeten geven een „droit de suite," en dit is niet het geval.

Voorts kan het beginsel, waarop de tegenpartij zich beroept: »nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet," hier niet te pas gebracht worden, daar deze regel alleen opgaat bij zakelijke rechten. [1])

Ziedaar eene schijnbaar overstelpende massa argumenten, die aangevoerd worden, voor het teniet gaan van het retentierecht bij overdracht der zaak. Zijn deze nu echter wel zoo overtuigend? Het recht van retentie steunt op de billijkheid. Ik geef het gaarne toe, maar is hiermede de quaestie uitgemaakt? Mag dan tegenover derden de billijkheid met voeten getreden worden? De bepalingen, die de wet elders geeft, omtrent het recht van praeferentie, wat zijn die anders dan uitvloeiselen der billijkheid? En niemand twijfelt er aan of deze ook tegen derden werken. LAURENT zoude wellicht gelijk hebben, wanneer het retentierecht

---

[2]) LAURENT t. a. p. n°. 292.

steunde op contract, maar voor het wettelijk retentierecht, kan een beroep op de motieven van billijkheid, waardoor de wetgever zich heeft laten leiden, niet afdoende zijn, om de werking van het recht te beperken.

Bij zijn onderzoek verwart LAURENT ten onrechte de vraag, in hoeverre het retentierecht tegenover derden werkt, met die aangaande de zakelijkheid van dit recht. Mogen deze beide vragen ook al ten nauwste samenhangen, identiek zijn ze toch niet. Om ook tegenover derden stand te houden behoeft een recht nog niet altijd zakelijk te zijn, b. v. de huurovereenkomst, waarover art. 1612 B. W. uitdrukkelijk zegt, dat ze door verkoop van het verhuurde goed, *niet* verbroken wordt.

Wat betreft eindelijk de bewering, als zoude de wet op dit punt een volkomen stilzwijgen bewaren, deze gaat zoomin op voor het Fransche recht, als voor onze Nederlandsche wetboeken. Waar de wetgever uitdrukkelijk zegt, dat men de zaak mag behouden, totdat men volledig betaald is, kan men dat, dunkt mij, toch geen zwijgen noemen! Wel staat er nergens uitdrukkelijk bij: »dat men de zaak dus mag terughouden zoowel tegen de oorspronkelijke tegenpartij, als tegen elken derde," doch dit ligt reeds geheel in de woorden der wet opgesloten, en het nog eens te herhalen zoude pleonasme zijn.

Op grond van bovenstaande overwegingen, moeten wij tot de conclusie komen, dat het retentierecht door overdracht *niet* te niet gaat, maar tegen den nieuwen verkrijger kan worden uitgeoefend, op dezelfde wijze als tegen diens rechtsvoorganger.

Zeer zeker gevoelen wij, dat er tegen deze oplossing, in de practijk bezwaren en bedenkingen zullen rijzen. Stel iemand koopt onroerend goed, en later blijkt daarop te rusten een retentierecht. In dit geval wordt de kooper benadeeld. Uit de openbare registers heeft hij van het bestaande recht van terughouding geene aanwijzingen kunnen krijgen, en hij heeft zich dus niet tegen deze benadeeling kunnen hoeden. Dit is in strijd met ons stelsel van publiciteit, dat uitgaat van de gedachte, dat elk homo diligens zich, door het nazien der openbare registers, met vrij groote zekerheid voor schade zal kunnen vrijwaren.

Deze onvolmaaktheid in het stelsel onzer wetgeving bestaat nu echter eenmaal, en men mag niet om der wille van het systeem de enkele artikelen geweld aandoen. Terecht heeft Mr. WILDERVANCK [1]) opgemerkt, dat het argument, dat de kooper benadeeld wordt niet te zwaar moet wegen, daar, wanneer men aanneemt,

---

[1]) Acad. pr. Gron. 1890, pag. 31.

dat het retentierecht teniet gaat door overdracht der zaak, het de rentinent is die benadeeld wordt. Er zoude in dit geval niets in den weg staan om elk recht van retentie door overdracht der zaak illusoir te maken, hetgeen toch zeer zeker ook niet in de bedoeling van den wetgever gelegen heeft.

Thans zijn wij genaderd tot de vraag, welke de verhouding is van het retentierecht tot pand en hypotheek.

Daar op vele punten de conclusie waartoe wij hier zullen moeten komen, zich zal gronden op dezelfde overwegingen, die wij bij het beantwoorden der voorafgaande vraag lieten gelden, kunnen wij hier kort zijn.

Collisie tusschen pandrecht en retentierecht zal wel niet vaak voorkomen. Toch is het denkbaar, wanneer het pand uit handen van den pandhouder geraakt is, zóó, dat deze het weer terugvorderen kan, en in dien tusschentijd ontstaat een recht van retentie.

Van hypotheek is daarentegen een samentreffen met retentie veel gemakkelijker, daar de hypotheekhouder niet in het bezit der zaak is. Moet in zoodanig geval het retentierecht wijken voor het recht van hypotheek? Ik kan hier slechts herhalen, dat de wet, die het recht in het algemeen toekent totdat volkomen betaald zij, nergens aanleiding geeft om op deze vraag bevestigend te antwoorden. Onderscheid te maken, naar gelang de

hypotheek ouder is dan het retentierecht, of omgekeerd, schijnt mij evenmin juist toe. Deze splitsing wordt gemaakt door Mr. RAHUSEN, [1]) die het retentierecht alleen dán wil handhaven, als het reeds bestond, voordat het goed met hypotheek bezwaard wordt. In het tegenovergestelde geval zoude de retinent verplicht zijn de zaak af te geven, wanneer de hypotheekhouder dit vordert. Wat geeft ons echter het recht deze conclusie te maken? Een recht van retentie kan evengoed ontstaan op een goed, dat met hypotheek bezwaard is, als op elk ander en de wet geeft voor dit geval toch geene bijzondere beperkingen! De hypotheekhouder wordt ook in zijne bevoegdheden volstrekt niet belemmerd. De zaak kan hij verkoopen, en zich uit de opbrengst voldoen. Alleen zal de koopwaarde van het goed, waarop een derde retentierecht kan uitoefenen, eenigszins gedaald zijn. Daargelaten dat ook op andere wijzen vermindering der waarde van de zaak mogelijk is, en dat de hypotheekhouder daartegen nooit volkomen beveiligd zal zijn, kunnen wij toch gerust zeggen, dat de vermindering der koopwaarde door het bestaan van een retentierecht, practisch bijna nooit zoo bijzonder belangrijk zal zijn, In de eerste plaats toch, is het bedrag waarvoor het

---

[1]) t. a. p. p. 71 vlg.

retentierecht wordt uitgeoefend, meestal zeer klein in verhouding tot de waarde der zaak. Verder heeft de kooper, die, om in het bezit der zaak te komen, de schuld, waarvoor geretineerd wordt, heeft betaald, zijn verhaal op hem wien die schuld eigenlijk aangaat. De koopwaarde vermindert dus niet met het volle bedrag dier vordering, maar alleen met een bedrag, evenredig aan het risico, dat de kooper bij zijne actie op den hypotheekgever loopt, en dat af zal hangen van diens meerdere of mindere solvabiliteit.

In allen gevalle blijft het echter waar, dat de zekerheid van den hypotheekhouder kleiner wordt door het handhaven van het retentierecht. In hoeverre dit wenschelijk is, en of het niet beter zoude zijn het recht van den retinent op te offeren voor dat van den hypotheekhouder, zijn vragen die het thans niet op onzen weg ligt te beantwoorden. Dat echter, volgens onze wet, het recht van terughouding gehandhaafd behoort te blijven, staat, naar onze bescheiden meening, als een paal boven water.

Met ons komt tot dezelfde conclusie Mr. Wildervanck. Ook voor het geval dat gelijktijdig praeferentie en retentie bestaat, moeten wij tot dezelfde beslissing komen.

---

[1]) t. a. p.

Wij zullen nu ten slotte de vraag bespreken, welke invloed door den staat van faillissement op het recht van terughouding wordt uitgeoefend. Op dit punt, dat wellicht ook practisch het belangrijkste is, heeft zich bij uitstek de aandacht van vele commentatoren gevestigd, en is de verscheidenheid der opvattingen zeer groot. Onze thans geldende wet bewaart ook hier wederom het diepste stilzwijgen. Gelukkig echter zijn de quaesties, die zich hierbij kunnen voordoen, niet ontgaan aan den wetgever van 1893, en bevat de nieuwe wet op het faillissement [1]) enkele bepalingen, die zoodra deze wet zal ingevoerd zijn, veel strijd en twijfel zullen doen verdwijnen. Op deze bepalingen hoop ik zoo aanstonds terug te komen, na een oogenblik stilgestaan te hebben, bij de verschillende meeningen van wat, volgens de tegenwoordig geldende wet, rechtens is.

In de eerste plaats vinden wij sommigen, die meenen dat het vonnis van faillietverklaring een algeheel tenietgaan van het recht van terughouding ten gevolge heeft. In dezen zin: Mr. C. ASSER [2]) die het retentierecht alle werking in zake faillissement ontzegt. Evenzoo

---

[1]) Wet van 30 Sept. 1893, S. 140.

[2]) Mr. C. ASSER, het Nederl. B. W. vergeleken met het Wetb. Nap. § 857.

Dalloz [1]) Holtzius [2]) de Sitter [3]) en de schrijver van een art. in het Magazijn van Handelsrecht dl. II, p. 71, onderteekend v. D.

De argumenten door de voorstanders dezer richting gebezigd, komen hierop neer. Het retentiereeht zoude inbreuk maken op de par conditio creditorum, waarop de wet alleen eene uitzondering toestaat in geval van hypotheek, pand, of privilege (zie art. 1178 j^{cto} 1179 B. W.) Dit argument is echter ontzenuwd, door de tegenwerping, dat men door deze beschouwing het recht van terughouding gaat verwarren met het recht van voorrang.

»In den boedel bevindt zich eenvoudig eene zaak, waarop een ander recht van terughouding heeft. In dier voege maakt het deel uit van den boedel, en in dier voege is het deel van den gemeenschappelijken waarborg" [4]) Door het handhaven van een retentierecht wordt op de gelijkheid der schuldeischers geen inbreuk gemaakt.

»Dwangmiddelen tegen den schuldenaar, die niet meer is sui juris, zijn onrechtmatig en doelloos", zegt Mr. de

---

1) Dalloz t. a. p. n⁰. 77.
4) Holtzius. Het Nederl. Faillietenrecht 2e uitg., pag. 446.
3) De Sitter t. a. p. pag. 580.
4) t. a. p. pag. 49 vlg.

SITTER, maar de retinent bezigt geene dwangmiddelen, en staat dus ook in dit opzicht in geheel andere positie, dan hij die voorrecht, of pand, of hypotheek wil uitoefenen.

Een laatste argument wordt nog gevonden in de bewering, dat de curator door het handhaven van het recht van terughouding niet in staat zoude zijn, te voldoen aan zijne verplichting tot liquidatie van den boedel. In hoeverre echter het retentierecht aan deze verplichting eenige beletselen in den weg legt, is mij niet duidelijk. De curator vindt in den boedel eene zaak, waarop een derde retentierecht kan uitoefenen. Deze zaak zal hij ter vereffening van den boedel moeten realiseeren op de wijze, die het meest overeenkomt met de belangen der crediteuren. Eischen deze belangen, dat de retinent eerst voldaan, en de zaak dan onbezwaard verkocht worde, welnu, dan zal eerst het retentierecht door betaling worden vernietigd. Eischen deze belangen dit niet, welnu, dan wordt de zaak verkocht, zooals ze in den boedel gevonden is, met het daaraan verbonden retentierecht. Juister schijnt het mij dan ook, mede te gaan met het gevoelen van hen die aan de faillietverklaring absoluut geen invloed toekennen op het retentierecht.

Deze meening vinden wij verdedigd o. a. door Prof.

DIEPHUIS [1]) en GOLDSCHMIDT [2]). Wij stellen ons hier steeds op hetzelfde standpunt waarvan wij uitgingen: de wet kent het recht van retentie in het algemeen toe, en behoudens speciale bepaling gaat het dus alleen verloren op de wijzen van tenietgaan, door de wet aangegeven, in casu door volkomen voldoening.

Zij, die de opvatting huldigen, dat het retentierecht blijft bestaan in het faillissement, verschillen nog onderling, wat betreft den invloed die men aan het accoord mag toekennen. Sommigen willen ook hier het recht van terughouding onaangetast doen blijven.

Zoo lezen wij bij Mr. BROWNE: [3]) »Onze conclusie is, dat, waar men aanneemt, dat het recht van retentie bij faillissement van den debiteur blijft bestaan, men dan ook consequent dient te zijn en te besluiten, dat de retinent zijn recht behoudt tot hij ten volle is voldaan."

Deze conclusie zoude ik liever eene inconsequentie noemen, dan een noodzakelijk uitvloeisel van het feit, dat de faillietverklaring de retentie onaangetast laat. De

---

[1]) N. B. R. p. 684 vlg.

[2]) Handb. des Handelsrechts pag. 993. Zie voorts E. N. RAHUSEN, t. a. p. pag. 53 vlg., S. J. HINGST, Mag. v. Hand. II, pag. 42 vlg., L. BROWNE, Acad. pr. Leid. 1882 en WILDERVANCK, Acad. pr. Gr. 1890.

[3]) t. a. p.

wet maakt het gehomologeerd accoord verbindend voor *alle* crediteuren, en ik geloof niet, dat men gerechtigd is den retinent hier buiten te rekenen. Dit heeft ten gevolge dat, door uitbetaling der procenten de crediteur volkomen is voldaan, ergo houdt hierdoor het recht van terughouding op.

Vraagt men, met Mr. Browne, waartoe dan in geval van accoord het in stand houden van het retentierecht moet dienen, daar het dan alleen zoude worden een waarborg voor de uitbetaling der procenten, waarvoor de crediteuren van elders reeds voldoende zeker gesteld zijn, dan is mijn antwoord, dat inderdaad *wanneer* een accoord wordt aangenomen, het retentierecht niet veel meer te beteekenen zal hebben. Echter a priori kan men niet weten *of* een accoord zal worden aangeboden of niet.

Ook hier schijnt mij dus de juiste opvatting verdedigd te zijn door Mr. Wildervanck, die de meening is toegedaan, dat het geraken in den staat van faillissement zonder invloed is op het retentierecht, maar dat, door het homologeeren van een accoord, bewerkt wordt, dat de retinent zich met de geaccordeerde procenten moet tevreden stellen. [1])

---

[1]) In denzelfden zin Mr. Hingst, t. a. p.

De quaestie of het retentierecht stand blijft houden in het faillissement, blijkt dus ten slotte minder practisch gewicht te hebben, dan het zich eerst wel liet aanzien.

Ook de nieuwe wet op het faillissement (wet van 30 Sept. 1894, S. 140) heeft de zaak in deze richting beslist. Wij lezen daar in de eerste plaats in art. 60 uitdrukkelijk: »de schuldeischer, die gerechtigd is goederen aan den schuldenaar toebehoorende terug te houden, totdat zijne schuldvordering is gekweten, verliest door de faillietverklaring van den schuldenaar dit recht *niet*."

Het accoord echter, is verbindend voor alle geen voorrang hebbende schuldeischers, zonder uitzondering, zegt art. 157. Daar deze wet op verscheidene plaatsen zeer scherp onderscheid maakt tusschen recht van voorrang en retentierecht, kan het niet twijfelachtig zijn, of ook de retinent is gebonden door het accoord. Door de ontvangst der geaccordeerde procenten is men volledig voldaan, immers de wet zegt alleen voor het geval er geen accoord is aangeboden, dat de crediteuren nog aanspraken kunnen doen gelden voor het onbetaald gebleven gedeelte hunner vorderingen (art. 195). Na accoord kan dit niet; alleen wordt in art. 160 eene uitzondering vastgesteld voor het geval dat er medeschuldenaren of borgen zijn.

Men ziet dus, dat de wetgever in duidelijke bewoordingen zijne sanctie heeft gegeven aan die opvatting, welke ook voor de thans geldende wet door ons verdedigd werd. Bij het inwerking treden der nieuwe faillissementswet zal derhalve ook de mogelijkheid van eene andere uitlegging verdwenen zijn.

HOOFDSTUK IV.

De „Zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich", en het „Allgemeines Deutsches Handels-Gesetzbuch" ten opzichte van het retentierecht.

Wij mogen deze verhandeling niet eindigen, zonder vooraf nog een laatsten blik geslagen te hebben op de Duitsche wetgeving, vooral omdat daar, juist thans, zulk een groot èn belangrijk deel van den voorbereidenden arbeid voor eene codificatie van het civiel recht het licht heeft gezien, door het verschijnen van het 2e ontwerp voor een algemeen burgerlijk wetboek.

Reeds alleen omdat dit ontwerp de nieuwste proeve is, van eene codificatie van het geheele burgerlijke recht, verdient het in hooge mate onze aandacht.

Behalve op vele andere punten, onderscheidt zich dit ontwerp ook hierin van de meeste bestaande wetgevingen, dat aan het recht van retentie eene afzonderlijke behandeling is gewijd. Van het tweede boek, dat het opschrift draagt »Recht der Schuldverhältnisse",

behandelt het eerste deel (Abschnitt) den »Inhalt der Schuldverhältnisse".

In den eersten titel hiervan, die gevormd wordt door de bepalingen, betrekking hebbende, op de »Verpflichtung zur Leistung", zijn in de §§ 230 en 231, de hoofdbeginselen, die op het retentierecht toepasselijk zijn, als algemeene regels neergelegd.

De hier bedoelde §§ luiden:

»§ 230. Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniss, auf welchem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältniss ein Anderes ergiebt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). Das gleiche Recht hat der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

§ 231. Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die

Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, dass der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurtheilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurtheiling kann der Kläger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Beklagte im Verzuge der Annahme ist."

In de eerste plaats moet het ons treffen, dat aan de uitdrukking »Zurückbehaltungsrecht," het karakter is gegeven van een *terminus technicus*. Uit de nadere omschrijving volgt, dat er onder verstaan wordt het weigeren der praestatie die iemand *schuldig* is, totdat gepraesteerd zij, wat hem *toekomt*.

Wat de gevolgen zijn van het geven dezer technische benaming, kan ons blijken uit het ontwerp zelf. Terwijl § 236 van het *eerste* ontwerp uitdrukkelijk bepaalde, dat de voorschriften van § 234 en 235 (correspondeerende met § 230 en 231 van het 2e ontwerp) gelden in alle gevallen, waar de wet aan den schuldenaar het recht van terughouding toekent, vinden wij dit art. in het *tweede* ontwerp geschrapt met de vermelding dat het overbodig was, »weil durch Beifügung des terminus technicus »Zurückbehaltungsrecht" bei § 230, die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf alle Fälle des gesetz-

lichen Zurückbehaltungsrechts zur Genüge erhelle."

Op de vraag, waar dit retentierecht zijne toepassing vindt, lezen wij het antwoord in § 250: in alle gevallen waar de tegenover elkander staande verplichtingen op dezelfde rechtsverhouding berusten. In deze zeer ruime redactie, liggen eigenlijk reeds opgesloten de retentie wegens op de zaak gemaakte kosten, en door de zaak toegebrachte schade. Dat deze in § 230 nog eens afzonderlijk vermeld worden, vindt zijn grond in de veelvuldige toepassing, die deze beide gevallen van het retentierecht in de practijk vinden.

Met het vereischte, dat de wederzijdsche aanspraken uit dezelfde rechtsverhouding moeten voortvloeien, wordt het vereischte der connexiteit opgenomen en, gelukkig, tevens gedefinieerd.

Waaruit moeten de tegenoverelkander staande vorderingen bestaan? Ook op dit punt is het ontwerp zeer ruim gesteld. De retentie is volstrekt niet beperkt tot het terughouden eener *zaak*, maar elke *praestatie* (Leistung) is daarvoor vatbaar. Ten opzichte van de praestatie, waartoe de eischer verplicht is, wordt alleen deze beperking gesteld, dat zij moet zijn *opeischbaar*.

Het is dus duidelijk, dat hier, door het gebruiken van het algemeene woord »Leistung," aan het recht van retentie eene groote uitbreiding wordt gegeven.

Bedenkelijk schijnt het, dat alleen in geval van gemaakte onkosten of toegebrachte schade gezegd wordt, dat het retentierecht geen plaats heeft, als men in het bezit der zaak gekomen is door eene opzettelijk gepleegde, onrechtmatige daad.

Behalve door betaling, kan aan de retentie een einde gemaakt worden door het stellen van zekerheid; dit mag echter geen borgtocht zijn. De kennelijke ratio legis is, dat niet eene zakelijke zekerheid zoude vervangen worden door eene persoonlijke, en dus zwakkere, zekerheid.

In § 231 is het materiëele procesrecht over ons onderwerp geregeld. Het retentierecht heeft niet de macht eene veroordeeling te *voorkomen*. De veroordeeling wordt echter *voorwaardelijk*, met dit gevolg, dat de *executie* wordt opgeschort totdat voldaan zij. Het veroordeelend vonnis blijft den retinent echter boven het hoofd hangen, hetgeen zich o. a. hierin uit, dat zoodra er geene voldoende redenen meer zijn om nog langer te wachten, de executie op grond van het voorwaardelijke vonnis plaats heeft. De wet noemt in dit verband het geval, dat de retinent ten opzichte van het aannemen der praestatie in mora is.

Verder vinden wij in het Ontwerp nog enkele voorschriften verspreid, die op het retentierecht betrekking hebben. Zoo bepaalt § 168 dat, hoewel in het algemeen

de verjaring geschorst is, zoolang de debiteur tijdelijk het recht heeft de praestatie te weigeren, dit beginsel uitzondering lijdt ten opzichte van het retentierecht, m. a. w. dat de verjaring loopt ten bate van hem, die eene praestatie retineert.

In enkele speciale gevallen vinden wij nog het retentierecht uitdrukkelijk toegekend, b.v. in § 887 aan den vinder, in § 913 aan den bezitter.

Vergelijken wij nu met deze bepalingen het retentierecht, zooals dit geregeld is in het A. D. H. G. B. Hier lezen wij:

»Art. 313. Ein Kaufmann hat wegen den fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften, in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst, insbesondere vermittelst Konnossemente, Ladescheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen.

Dieses Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der, von dem Schuldner vor, oder bei der Uebergabe ertheilten, Vorschrift,

oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, wiederstreiten würde.

Art. 314. Das in dem vorhergehenden Artikel bezeichnete Zurückbehaltungsrecht besteht unter den dort angegebenen Voraussetzungen, selbst wegen der nicht fälligen Forderungen:

1) wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist, oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat.
2) wenn eine Exekution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt, oder wider denselben wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes erwirkt worden ist.

In diesen Fällen steht auch die Vorschrift des Schuldners, oder die Uebernahme der Verpflichtung in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrechte nicht entgegen, sofern die vorstehend unter 1 und 2 bezeichneten Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände, oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten, oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

Art. 315. Der Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach den Artikeln 313 oder 314 zusteht, ist

verpflichtet, von der Ausübung desselben den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen. Er ist befugt, wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, im Wege der Klage, bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte, gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen; er kann sich aus dem Erlöse vor den anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen. Der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners.

Art. 316. Die in den Artt. 313—315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben."

Gelijk men ziet heeft in zaken van koophandel het recht van retentie eene veel grootere uitbreiding dan het Ontwerp daaraan in burgerlijke zaken wil toekennen. Dit geldt zoowel wat betreft de gevallen van toepassing, als de werking van dit recht.

De gevallen van toepassing krijgen eene ruime uitbreiding, ten eerste door het wegvallen van het vereischte der connexiteit, zoodat het recht uitgeoefend kan worden ter zake van eene willekeurige vordering, op alles wat men van den debiteur in handen heeft. Voorts is het D. H. G. B. ook in dit opzicht ruimer gesteld, dat in verscheidene gevallen de retentie kan plaats hebben, op grond van eene nog niet opeischbare vordering.

De werking van het recht is aanzienlijk sterker gemaakt, door de bepaling, dat de retinent, tenzij zekerheid gesteld worde, het recht van verkoop en van voorrang op de opbrengst heeft. Daar dit retentierecht zoo belangrijk afwijkt van de heerschende meening, is het begrijpelijk dat GOLDSCHMIDT aarzelde het nog »retentie" te blijven noemen, en er liever de afzonderlijke benaming »Kaufmännisches Deckungsrecht" aan zag toegekend.

In hoeverre het wenschelijk zoude zijn dat ook hier te lande eene dergelijke regeling als in het A. D. H. G. B. werd ingevoerd, in hoeverre ook het aanbeveling verdient, op dit gebied eene scheiding te maken tusschen burgerlijk recht en handelsrecht, zijn vragen die het thans niet op onzen weg ligt te beantwoorden, maar *dit* houden wij voor zeker, dat de afzonderlijke behandeling van het retentierecht in de Duitsche wetgeving, een voorbeeld is dat navolging verdient.

Moge er op dit gebied spoedig eene meer volledige regeling ontstaan, dan thans in het Burgerlijk Wetboek, en het Wetboek van Koophandel te vinden is, — dat is de wensch, waarmede wij dit proefschrift willen besluiten.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Zoowel naar Romeinsch recht, als volgens ons B. W. geeft de Gordiana retentio ob chirographariam obligationem slechts retentierecht, en geen pandrecht.

II.

Den eerlijken vinder behoorde door de wet een recht op loon toegekend te worden.

III.

Hij, die een recht van opstal heeft, heeft niet den eigendom der opgestelde gebouwen.

IV.

Heeft de voogd eene aan zijnen pupil opgekomen erfenis aanvaard, zonder gebruik te maken van het

voorrecht van boedelbeschrijving, dan heeft dit voorloopig tegenover derden de rechtskracht van eene zuivere aanvaarding. Tegenover den pupil echter is deze aanvaarding van onwaarde, en de keuze tusschen aanvaarden en verwerpen staat hem bij zijne meerderjarigheid, nog vrij.

V.

Het ware wenschelijk, dat de bepaling van art. 88, 1o B. W. geschrapt werd.

VI.

Hoewel loterij als »spel" moet gequalificeerd worden, heeft toch de winner van een voorwerp, dat door den eigenaar onder een bepaald aantal personen verloot is, eene actie tot verkrijging van dat voorwerp, tegen den verloter.

VII.

Bij de uitlegging van art. 74 B. W. moet men aannemen, dat het hebben van meer dan één hoofdverblijf niet mogelijk is. Bij gelijke verdeeling van het geheele verblijf over meerdere plaatsen, is er geen hoofdverblijf.

VIII.

Ten onrechte kent de heerschende jurisprudentie aan den fiscus het recht toe, de in debet gestelde registratiekosten onmiddelijk te verhalen op de in de kosten veroordeelde wederpartij van den gratis procedeerende.

IX.

In het geval, dat den rechthebbende zoowel eene actie als eene exceptie ten dienste staat, en hij met beide hetzelfde practisch resultaat kan bereiken, behoorde de exceptie tegelijk met de actie te vervallen.

X.

In verband met art. 4 aanhef W. v. K. is de redactie van art. 3 W. v. K. af te keuren.

XI.

De bepaling van act. 65 W. v. K., die den makelaar verbiedt handel te drijven in de vakken waarin hij makelaar is, behoorde opgeheven te worden.

XII.

Uitlevering van Nederlanders wordt door de Grondwet niet verboden.

XIII.

Art. 2 add. G. W. bedoelt ook wetten die met de Grondwet in strijd zijn, tijdelijk te handhaven.

XIV.

Het ware wenschelijk het ambt van minister onvereenigbaar te verklaren met het lidmaatschap der Staten-Generaal.

XV.

Het splitsen eener bekentenis in strafzaken is niet verboden.

XVI.

Het zoude aanbeveling verdienen, bij elke rechtbank deskundigen aan te stellen, bij uitsluiting belast met het gerechtelijk geneeskundig onderzoek.

XVII.

Processueele gelijkstelling der klachtdelicten met de overige strafbare feiten ware wenschelijk.

XVIII.

Poging tot tweegevecht behoorde strafbaar gesteld te worden.

XIX.

Het coöperatieve stelsel is niet in alle opzichten in het belang der werklieden.